نظريات

في الفقه الجنائي الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي بهنسي

دار الشروق

نظريّات

في الفقه الجنائي الإسلامي

الطبعة الرابعة

مزيدة

١٩٨٦ م - ١٤٠٦ هـ

الطبعة الخامسة

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م

القاهرة ١٦ شارع جواد حسني - هاتف ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣٤٨١٤
برقيا شروق - تلكس 93091 SHROK UN
بيروت ص ب ٨٠٦٤ - هاتف ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٧٦٥ - ٨١٧٢١٣
برقيا داشروق - تلكس SHOROK 20175 LE

إهـداء

... إلى كل من يقتنع بفكرة

فيدعو إليها ويعمل على تحقيقها .

لا يقصد بها إلا وجه الله ومنفعة الناس

في كل زمان ومكان .

أهدي هذا الكتاب .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذى وفقنا لما صرنا إليه ، وأشكر له ، والشكر كفيل بالمزيد من فضله وكرمه ، وأستغفره وأتوب إليه من الذنوب التى توجب زوال نعمه وحلول نقمه . وبعد

فهذا كتاب « نظريات فى الفقه الجنائى الإسلامى » حاولت فيه قدر المستطاع أن أجمع شتات نصوص فى كتب الفقه متناثرة متباعدة وأصوغها على غرار النظريات التى عرفها رجال القانون والفقه حتى يتبين لهم أن بين طيات كتب الشريعة الإسلامية أصول هذه النظريات التى يظن البعض أنها من مستحدثات الفقه الغربى وهى فى واقع الأمر أصيلة فى كتب الفقه الإسلامى القديمة ولكنها خافية على الكثيرين .

وكنا نحاول فى هذه الدراسة وغيرها أن نظهر الخلاف بين آراء الفقهاء فى مختلف المذاهب الإسلامية فى المسائل والفروع حتى إذا ما حانت ساعة التقنين الجنائى الإسلامى أمكن أن نضع قانوناً جنائياً إسلامياً من واقع شريعتنا الغراء مستمدين أحكامه من نصوص القرآن والأحاديث النبوية ومما أجمع عليه المسلمون فى كل زمان ومكان ، ومن آراء الفقهاء ، سواء أئمة المذاهب أو غيرهم بما يطابق مصالح الناس فى هذا العصر الذى نعيش فيه .

ورب قائل يقول : وما الفائدة من دراسة مثل هذه النظريات التقليدية ؟ والجواب على ذلك ميسور هين : فالغرض من هذه الدراسات التى ننشرها على الناس فى ربوع الوطن العربى أن نضع بين أيديهم — القانون الجنائى

الإسلامى بقسميه النظرى ، والعملى ، الذى يقوم بشئونهم ويصلح حالهم ويستتب به أمنهم ولا غرو فهو من صنع المشرع الأعظم

وسنتكلم فى هذا الكتاب فى خمسة فصول :

الفصل الأول : عن نظرية الشروع .

الفصل الثانى : عن نظرية الاشتراك .

الفصل الثالث : عن نظرية تعدد الجرائم والعقوبات .

الفصل الرابع : عن نظرية تفريد العقاب .

الفصل الخامس : عن نظرية التقادم .

ونقدم لذلك كله بمقدمة فى الخلاف بين الفقهاء وأسبـــابه .

اختلاف الفقهاء وأسبابه

الخلاف بين الفقهاء

يقال تخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر وهو ضد الاتفاق .

وبهذا المعنى كان الخلاف بين الفقهاء ، ولم يكن قد جمعهم مجلس واحد ظهر فيه اختلافهم وإنما اختلفوا فى فهمهم للنصوص واستنباط الأحكام منها متأثرين فى ذلك بالعوامل المحيطة بهم .

ويجب أن نعلم أن تقنين تشريع جنائى إسلامى نأخذ فيه بالأصول العامة للشريعة وبآراء الفقهاء التى تناسب هذا العصر من مختلف المذاهب الإسلامية ليس بدعة فى الرأى فقديماً نقل الجلال السيوطى رحمه الله عن جماعة كثيرة من العلماء أنهم كانوا يفتون الناس بالمذاهب الأربعة لا سيما من لا يتقيدون بمذهب ولا يعرفون قواعده ولا نصوصه ويقولون : حيث وافق فعل هؤلاء القوم قول عالم فلا بأس .

وما أحوجنا إلى اقتباس ذلك الرأى فى هذا الزمان .

وهذا الذى نقول به وندعو إليه — وهو التيسير على الناس بالأخذ بالقول الذى يناسب عصرنا فى المسائل والفروع من أى مذهب كان ، هذا القول — خلاف القول بتتبع الرخص والعمل بها — فتتبع الرخص فى مختلف المذاهب والعمل بها دون العزائم عمل غير شرعى وحاشا أن نقول به أو ندعو إليه . فلا يجوز أن يجمع الإنسان الرخص بقصد أن يخفف عن نفسه .

قال سليمان التيمى : إن أخذت برخصة كل عالم اجتمع فيك الشر كله ، قال ابن عبد البر : هذا إجماع لا أعلم فيه خلافاً(١).

فالرخصة ما شرعه الله من الأحكام تخفيفاً على المكلف فى حالات خاصة تقتضى هذا التخفيف ، فمن أكره على التلفظ بكلمة الكفر أبيح له أن يتلفظ بها وقلبه مطمئن بالإيمان ، ومن أكره على أن يفطر فى رمضان أو يرتكب جناية أو يتلف مال غيره بغير حق أبيح له المحظور الذى أكره عليه ومن اضطره الجوع الشديد أو الظمأ الشديد إلى أكل الميتة أو شرب الخمر أبيح له أكلها وشربها قال تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » ، وقال :« وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » ، وقال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

والذى يؤخذ من النصوص المختلفة التى وردت فى هذا الخصوص أن الرخص كلها شرعت للتخفيف عن المكلف وأن للمكلف أن يتبع الرخصة تخفيفاً عن نفسه وله أن يتبع العزيمة محتملا ما فيها من مشقة إلا إذا كان يناله من المشقة ضرر فإنه يجب عليه اتقاء الضرر واتباع الرخصة فهنا تتحول الرخصة إلى عزيمة ، والله سبحانه وتعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه .

وأما العزيمة فهى ما شرعه الله أصالة من الأحكام العامة التى لا تختص بحال دون حال ولا بمكلف دون مكلف .

وكل من فعل الرخصة بشرطها فهو على هدى من ربه فى ذلك ولو لم يقل به إمام مذهبه . كما أن من فعل العزيمة بكلفة ومشقة فهو على هدى من ربه فى ذلك ولو لم يكلفه الشارع بذلك من حيث عظم المشقة فيه إلا أن يأتى عن الشارع ما يخالف ذلك كقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس من البر الصيام فى السفر » فإن الأفضل للمسافر فى مثل ذلك الفطر للضرر الحاصل له .

---

(١) انظر ص ٢٩٧ جزء ٣ أعلام الموقعين لابن القيم .

ولا ينزل القوى إلى مرتبة الرخصة والتخفيف وهو يقدر على العمل بالعزيمة والتشديد ولا يكلف الضعيف بالصعود إلى مرتبة العزيمة والتشديد والعمل بذلك مع عجزه عنه(١).

وكان السلف يكرهون لفظ الاختلاف ويقولون إنما ذلك توسعة خوفاً أن يفهم أحد من العامة من الاختلاف خلاف المراد . وكان سفيان الثورى يقول : لا تقولوا اختلف العلماء فى كذا وقولوا قد وسع العلماء على الأمة بكذا ، وذلك لأن أصل الشريعة وما تقوم عليه ليس محل خلاف بين المسلمين جميعاً على تعدد فرقهم . فأصل الشريعة هى الكتاب والسنة بالاتفاق والخلاف بين الفقهاء إنماهو خلاف فى أدلة الأحكام وهل هى دالة على حكم الله أو غير دالة عليه أو أنها مبينة لما أنزل الله أو ليست مبينة له .

وقد قال الإمام أبو حنيفة رضى الله عنه : ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبى هو وأمى فعلى الرأس والعين وما جاء عن أصحابه تخيرنا وما جاء عن غيرهم فهم رجال ونحن رجال .

وكان أبو حنيفة لا يدون مسألة واحدة مما استنبطه من الكتاب والسنة حتى يعقد لها مجلساً من العلماء ويقول أترضون هذا ؟ فإذا قالوا نعم قال لأبى يوسف أو محمد بن الحسن : اكتب ذلك ، وإن لم يرتضوه تركه .

---

(١) انظر فى أقسام الرخصة الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩١ .

فالأصل فى الرخص التيسير والإباحة وقد قسم بعض الفقهاء الرخصة إلى أقسام :

١ — ما يجب فعلها كأكل الميتة للمضطر ، والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيماً صحيحاً . وإساغة الغصة بالخمر .

٢ — ما يندب فعلها ، كالفطر لمن يشق عليه الصوم فى سفر أو مرض .

٣ — وما يباح فعلها ، كالسلم .

٤ — وما الأولى تركها ، كالمسح على الخف ، وجمع الصلاة ، والفطر لمن لا يتضرر . والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل وهو قادر عليه .

٥ — وما يكره فعلها ، كقصر الصلاة فى أقل من ثلاث مراحل .

وكان الإمام ابن عبد البر رحمه الله تعالى يقول : ولم يبلغنا عن أحد من الأئمة أنه أمر أصحابه بالتزام مذهب معين لا يرى صحة خلافه ، بل المنقول عنهم تقريرهم الناس على العمل بفتوى بعضهم بعضاً لأنهم كلهم على هدى من ربهم . وكان يقول أيضاً : لم يبلغنا فى حديث صحيح ولا ضعيف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحداً من الأئمة بالتزام مذهب معين لا يرى خلافه وما ذلك إلا لأن كل مجتهد مصيب .

ونقل القرافى الإجماع عن الصحابة على أن من استفتى أبا بكر وعمر وقلدهما فله بعد ذلك أن يستفتى غيرهما من الصحابة ويعمل به من غير نكير . وأجمع العلماء على أن من أسلم فله أن يقلد من شاء من العلماء بغير حجة . كما قال : يجوز الانتقال من بعض المذاهب إلى بعضها الآخر إلا أن يخالف الشخص الإجماع أو القياس الجلى أو القواعد .

ولما تفرق الصحابة فى البلاد وصار كل واحد مقتدى ناحية من النواحى كثرت الوقائع ودارت المسائل فاستفتوا فيها فأجاب كل واحد حسب ما حفظه أو استنبطه وإن لم يجد فيما حفظه أو استنبطه ما يصلح للجواب اجتهد برأيه وعرف العلة التى أدار رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكم فى منصوصاته فطرد الحكم حيثما وجدها لا يألو جهداً فى موافقة قصده عليه الصلاةوالسلام ، ومن هنا نشأ الخلاف بينهم(١).

فقد يسمع صحابى حكماً فى قضية أو فتوى ولم يسمعه الآخر فاجتهد فيه برأيه وهذا على وجوه .

فقد يقع اجتهاده موافقاً للحديث فلا خلاف .

أو يقع اجتهاده مخالفاً للحديث ثم يعرف الحديث فيرجع عن رأيه .

---

(١) انظر فى تفاصيل هذا الخلاف وطرقه كتاب الإنصاف فى بيان سبب الاختلاف للدهلوى ص ٥ .

أو يقع اجتهاده مخالفاً للحـديث ثم يعرف الحـديث ولكنه يطعن في صحته .

أو يقع اجتهاده ولا يصل إليه الحديث عن المسألة أصلا فيصر عـلى اجتهاده . ومن هنا ينشأ الخلاف .

ثم جاء التابعون وكان صنيعهم أن يتمسك الواحد منهم بالسنة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يستدل بأقوال الصحابة والتابعين فإذا اختلفت أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسألة رجعوا إلى أقوال الصحابة فإن قالوا بنسخ بعضها أو صرفه عن ظاهرة أو لم يصرحوا بذلك ولكن اتفقوا على تركه وعدم القول بموجبه فإنه كإبداء علة فيه أو الحكم بنسخه أو تأويله اتبعوهم فى كل ذلك .

ولمـا جاء تابعو التابعين من طبقات المحدثين أخذوا يتبعون أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة والتابعين والمجتهدين على قواعد أحكموها فى نفوسهم . وكان عندهم أنه إذا وجد فى المسألة قرآن ناطق فلا يجوز التحول عنه إلى غيره . وإذا كان القرآن محتملا لوجوه فالسنة توضح المراد ، فإذا لم يجدوا الحكم فى كتاب الله ، أخذوا بسنةرسول الله صلى الله عليه وسلم ، سواء كان الحديث مستفيضاً ودائراً بين الفقهاء أو كان مختصاً بأهل بلد أو بطريق خاصة وسواء عمل به الصحابة والفقهاء أو لم يعملوا به . ومتى كان فى المسألة حديث فلا يتبع فيها خلافه أثر من الآثار ولا اجتهاد أحد من المجتهدين فإذا أفرغوا جهدهم فى تتبع الأحاديث ولم يجدوا فى المسألة حديثاً أخذوا بأقوال جماعة من الصحابة والتابعين ولا يتقيدون بقوم دون قوم ولا بلد دون بلد كما كان يفعل من قبلهم ، فإن اتفق جمهور الخلفـاء والفقهاء عـلى شيء فهو المتبع ، وإن اختلفوا أخـذوا بحديث أعلمهم وأورعهم ، فإن وجدوا شيئاً يستوي فيه قولان فهى مسألة ذات قولين ، فإن عجزوا عن ذلك تأملوا فى عمومات الكتـاب والسنة وإيماءاتهما ،

واقتضاءاتهما ، وحملوا نظير المسألة عليها فى الجواب إذا كانتا متقاربتين فى المعنى .

كذلك كان أئمة المذاهب يقدمون العمل بالكتاب والسنة ثم بعمل الصحابة المتفق عليه وكان أبو مطيع يقول :

كنت يوماً عند الإمام أبى حنيفة فى جامع الكوفة فدخل عليه سفيان الثورى ومقاتل ابن حيـــان وحماد بن سلمه وجعفر الصادق وغيرهم من الفقهاء فكلموا الإمام أبا حنيفة وقالوا : قد بلغنا أنك تكثر من القيـــاس فى الدين وإنا نخاف عليك منه ، فناظرهم الإمام من بكرة نهار الجمعة إلى الزوال وعرض عليهم مذهبه وقال : إنى أقدم العمل بالكتاب ، ثم بالسنة ، ثم بأقضية الصحابة ، مقدماً ما اتفقوا عليه على ما اختلفوا فيه — وحينئذ أقيس . فقاموا كلهم وقبلوا يده وقالوا له أنت سيد العلماء فاعف عنا فيما مضى منا من وقيعتنا فيك بغير علم . فقال : غفر الله لنا ولكم أجمعين . قال أبو مطيع : وكان مما وقع فيه سفيان أنه قال : قد حل أبو حنيفة عرى الإسلام عروة عروة .

كما أن الخليفة أبا جعفر المنصور كتب إلى الإمام أبى حنيفة قائلا : بلغنى أنك تقدم القياس على الحديث فقال : ليس الأمر كما بلغك يا أمير المؤمنين إنما أعمل أولا بكتاب الله ، ثم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم بأقضية أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، ثم بأقضية بقيـــة الصحابة ، ثم أقيس بعد ذلك إذا اختلفوا وليس بين الله وبين خلقه قرابة.

وقد حكى ابن الهمام قول الشافعى لأحمد بن حنبل : أنتم أعلم بالأخبار الصحيحة منا فإذا كان خبر صحيح فأعلمونى حتى أذهب إليه كوفياً كان أو بصرياً أو شامياً .

وكان الإمام مالك أثبت الفقهاء فى حديث أهل المدينة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأوثقهم إسناداً ، وأعلمهم بقضايا عمر وأقاويل عبدالله

ابن عمر وعائشة وأصحابهم وبأمثاله قام علم الرواية والفتوى ، فلما وُسِّد إليه الأمر حدث وأفتى وأفاد وأجاد وعليه انطبق قول النبي صلى الله عليه وسلم: يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أحداً أعلم من عالم المدينة .

وقد جمع أصحابه رواياته ومختاراته ولخصوها وحرروها وشرحوها وخرجوا عليها وتكلموا فى أصولها وولائها وتفرقوا إلى المغرب ونواصى الأرض فنفعوا الناس .

أسباب الخلاف

والخلاف بين الفقهاء مرجعه إلى أسباب كثيرة ، فهم فى اجتهادهم كثيراً ما كانت تتعارض آراؤهم فى المسألة الواحدة وربما كان الواحد منهم يقول اليوم ما لم يكن يقول به بالأمس ونستطيع أن نرد معظم أسباب الخلاف إلى الأمور الثلاثة الآتية :

١ ـ اللغة .   ٢ ـ رواية الحديث .   ٣ ـ البيئة والعصر .

ونوضح كل عنصر منها بالتفصيل .

أولا : اللغـــة

إن اللغة العربية كما هو معلوم ، من اللغات الحية بعيدة المعانى والمرامى تشترك فيها الألفاظ والمبانى وتكون أحياناً هذه الألفاظ مجازية أو حقيقية . وقد تكون هـــذه الألفاظ غريبة مثل لفظ المزابنة(١) والمحاقلة(٢) والمنابذة(٣)

---

(١) المزابنة : بيع الثمر فى رءوس النخل بتمر كيلا . أو هو بيع الرطب فى رأس النخل بالتمر .

(٢) المحاقلة : بيع الزرع فى سنبله بحنطة ، وقيل : هى اكتراء بالحنطة ، وقيل : هى المزارعة على نصيب معلوم ؛ كالثلث والربع ونحوها .

(٣) المنابذة : هى أن تقول : إذا نبذت متاعك أو نبذت متاعى فقد وجب البيع بكلما ، وقيل : هى أن يقول : إذا نبذت إليك الحصاة فقد وجب البيع .

إلى غير ذلك من الكلمات التي يختلف العلماء في تفسيرها وتفصيل ذلك .

١ – إشتراك الألفاظ :

قال تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا » إلى آخر الآية .

فذهب قوم إلى أن كلمة (أو) هنا للتخيير كالتي في قولك جالس زيداً أو عمراً فقالوا : السلطان مخير في هذه العقوبات يفعل بقاطع السبيل أيها شاء وهو قول الحسن البصري وعطاء وبه قال مالك .

وذهب آخرون إلى أن كلمة (أو) هنا للتفصيل والتعيين فمن حارب وقتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده وهو قول أبي مجلز « من التابعين » وحجاج بن أرطاه عن ابن عباس وبه قال أبو حنيفة والشافعي واحتجوا بحديث رواه عثمان وعائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان أو كفر بعد إيمان أو قتل نفس بغير نفس » ، واحتجوا من اللغة بأن العرب تستعمل كلمة (أو) للإفراد والتفصيل فيقولون اجتمع القوم فقالوا : حاربوا أوصالحوا أي قال بعضهم كذا . .

كذلك اختلفوا في نفي قاطع الطريق على أربعة أقوال .

فقال البعض ، منهم الحسن وقتاده والزهري : إنه إبعاده من بلاد المسلمين إلى بلاد غيرهم .

وقال آخرون ؛ إنه إخراجه من مدينة إلى أخرى وهو قول عمر بن عبد العزيز وسعيد بن جبير .

ورأى ثالث ؛ إنه الحبس وهو قول مالك وأبي حنيفة .

ورابع ؛ إن نفيه هو طلبه لإقامة الحدود عليه ثم يبعد وهو قول ابن عباس والشافعي .

٢ – الحقيقة والمجاز :

قد تكون الألفاظ مترددة بين الحقيقة والمجاز فيحمله الفقيه على الأقرب عنده وإن كان المراد هو الآخر .

كما حمل جماعة من الصحابة فى أول الأمر الخيط الأبيض والخيط الأسود . فكان أحدهم يجعل عقالين أبيض وأسود ويأكل حتى يتبين أحدهما من الآخر . فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعدى : إن وسادك إذاً لعريض إنما هو بياض النهار وسواد الليل فأشار إلى عدم فقهه لمعنى الكلام[١].

ومن ذلك السلسلة فإن العرب تستعملها حقيقة وتستعملها مجازاً على ثلاثة أوجه .

١ – أن تريد بها الإجبار على الأمر والإكراه من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « عجب لقوم يقادون إلى الجنة بالسلاسل » .

٢ – أن يريدوا بها المنع من الشىء والكف عنه ، ومن هذا قوله تعالى : « إنا جعلنا فى أعناقهم أغلالا فهى إلى الأذقان فهم مقمحون »[٢].

٣ – أن يريدوا بها ما تتابع بعضه فى أثر بعض واتصل كقولهم تسلسل الحديث وتسلسل الماء وماء سلسل وسلسال وسلاسل .

٣ – الإفراد والتركيب أو الإجمال والتفصيل :

قد يكون النص كافياً بمفرده على وجوب الحكم . وقد يرد النص غير مستوف للغرض المراد منه ويرد تمام الغرض فى آية أخرى .

وقد ترد الآية مجملة ثم يفسرها الحديث كما فى قوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » .

---

(١) انظر ص ١٥ من رسالة ابن تيمية فى رفع الملام عن الأئمة الأعلام .

(٢) رافعو رءوسهم ولا يستطيعون تحريك رقابهم فلا يلتفتون إلى الحق .

ثم قال صلى الله عليه وسلم : « خذوا عنى ، خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » .

ولأجل هذا صار الفقيه مضطراً فى استعمال القياس إلى الجمع بين الآيات المتفرقة وبين الأحاديث المتغايرة وبناء بعضها على بعض .

ووجه الخلاف العارض من هذا النوع أنه ربما أخذ بعض الفقهاء بمفرد الآية أو بمفرد الحديث وبنى آخر قياسه على جهة التركيب الذي ذكرنا بأن يأخذ بمجموع آيتين أو بمجموع حديث أو بمجموع آيات أو بمجموع أحاديث فيفضى بهما الحال إلى الاختلاف فيما يستنبطانه ؛

كالاختلاف فى سبب تحريم الخمر فإن قوماً يستدلون على وجوب تحريمها بمجرد قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » وقوم يستدلون عليه بمجرد قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » إلى قوله « فهل أنتم منتهون » .

وقوم يرون ذلك بطريق التركيب وبناء الألفاظ بعضها على بعض وذلك أنه لما قال تبارك وتعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس » ثم قال فى آية أخرى : « قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم » تركب من مجموع الآيتين قياس أنتج تحريم الخمر وهو أن يقال : كل إثم حرام والخمر إثم فالخمر إذن حرام .

٤ ــ العام والخاص :

قال الله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » .

ورد التحريم فى القرآن عاماً لم يقيد بقيد وقد تولى رسول الله صلى الله

عليه وسلم بأحاديثه المختلفة تفصيل الموضوع[1]. كبيان المراد بقطع اليد ونصاب القطع والإعفاء منه .

وكانت اللغة أيضاً من أهم الأسباب التى أدت إلى الخلاف بين الفقهاء فى معنى كلمة الخمر ، وهذا الخلاف أدى إلى أن يتفرق الفقهاء إلى مدرستين :

١ ــ مدرسة أهل الحجاز التى تسمى الأنبذة بأجمعها خمراً وتقول إن الأنبذة المسكرة محرمة كثيرها وقليلها .

٢ ــ مدرسة أهل العراق وتقول إن المحرم من غير الخمر هو السكر فقط .

وأهل الحجاز يقولون إنه معلوم فى اللغة أن الخمر إنما سميت خمراً لمخامرتها العقل فوجب لذلك أن ينطلق اسم الخمر على كل ما خامر العقل .

أما أهل العراق فيردون على هذه الحجة بقولهم إن الخمر اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق أهل اللغة وتسمية غيرها خمراً مجاز وعليه يحمل الحديث كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وأنها سميت خمراً لا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلم بأنها سميت خمراً لمخامرتها العقل لا يلزم فيه أن يسمى غيرها بالخمر قياساً عليها لأن القياس لإثبات الأسماء اللغوية باطل .

وقد قال الزيلعى فى ذلك : ألا ترى أن البرج يسمى برجاً لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمى نجماً لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجاً ولا نجماً

وكذا يقال للفرس أبلق لأجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وإن كان فيه ذلك اللون ؟

---

(١) انظر ص ٩٠ من مؤلفنا « العقوبة فى الفقه الإسلامى » الطبعة الثانية حيث أوردنا بعض الأحاديث الخاصة بجريمة السرقة .

ثانياً : من وجهة رواية الحديث

إن الحديث المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه والتابعين لم تعرض له علل مختلفة تضعفه وتجعله موضعاً للخلاف بين الفقهاء ويوضح ذلك كله علم مصطلح الحديث(1). وأهم هذه العلل :

١ ــ عدم اعتقاد الفقيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الحديث .

٢ ــ عدم اعتقاد الفقيه إرادة تلك المسألة بذلك القول .

٣ ــ اعتقاد الفقيه أن ذلك الحكم منسوخ .

ومن هذه العلل الثلاثة تتفرع الأسباب الآتية :

١ ــ فساد الإسناد أي نسبة الحديث إلى قائله فقد يكون الحديث قد بلغ الفقيه لكنه لم يثبت عنده محدثه أو محدث محدثه أو غيره من رجال الإسناد مجهول عنده أو متهم أو سيء الحفظ .

٢ ــ من جهة نقل الحديث بمعناه دون لفظه فأكثر الرواة لا يراعون ألفاظ النبي صلى الله عليه وسلم التي نطق بها وإنما ينقلون إلى من بعدهم معنى ما أراده بألفاظ أخرى ولذلك نجد الحديث الواحد في المعنى الواحد يرد بألفاظ شتى .

٣ ــ الجهل بالإعراب ومبانى كلام العرب ومجازاتها ، فعدم التفرقة بين المرفوع والمنصوب والمجرور قد تؤدى إلى الخلاف فى المعنى .

---

(١) يبحث هذا العلم عن تقسيم الخبر إلى صحيح وحسن وضعيف وتقسيم كل من هذه الثلاثة إلى أنواع ، وبيان الشروط المطلوبة فى الراوى والمروى وما يدخل الأخبار من علل واضطراب وشذوذ إلى غير ذلك . وبهذا العلم يعرف المقبول من المردود من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأهم من كتب فى هذا العلم هو الحافظ ابن عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح المتوفى سنة ٦٤٢ هـ فى كتابه المسمى مقدمة ابن الصلاح .

٤ ــ التصحيف أي الخطأ والتحريف .

٥ ــ إسقاط شيء من الحديث لا يتم المعنى إلا به .

٦ ــ أن ينقل المحدث الحديث ويغفل عن نقل السبب الموجب له فيعرض من ذلك إشكال فى الحديث أو معارضة لحديث آخر كنحو ما رواه قوم من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بالعرنيين اللذين ارتدوا عن الإسلام وأغاروا على لقاحه فأمر بقطع أيديهم وأرجلهم وسمل عيونهم وتركوا بالحرة يستسقون فلا يسقون حتى ماتوا .

وقد وردت عن الرسول من طرق مختلفة أنه نهى عن المثلة وإنما عرض هذا التعارض من أجل أن أول من روى الحديث أغفل نقل سببه الذى أوجبه ورواه غيره فقال : إنما فعل بهم ذلك لأنهم مثلوا برعائه فجازاهم بمثل فعلهم . ومن الفقهاءمن أراد أن يخرج عن هذا المشكل فقال : إن هذا كان فى أول الإسلام قبل أن تنزل الحدود ثم نسخ بعد ذلك[1].

٧ ــ أن يسمع المحدث بعض الحديث ويفوته سماع بعضه .

٨ ــ علم بلوغ بعض الأحاديث إلى علماء التابعين إذ أن بعضها لم يبلغ علماء التابعين ممن وكل إليهم الفتوى فاجتهدوا بآرائهم واتبعوا العمومات واقتدوا بمن قضى من الصحابة فأفتوا حسب ذلك ثم ظهرت الأحاديث بعد ذلك فى الطبقة الثالثة فلم يعملوا بها ظناً منهم أنها تخالف عمل أهل مدينتهم . وهذه الأحاديث ظهرت عندما أمعن أهل الحديث فى جمع طرق الحديث ورحلوا إلى أقطار الأرض وبحثوا عن حملة العلم فكثير من الأحاديث لا يرويه من الصحابة إلا رجل أو رجلان ولا يرويه عنه أو عنهما إلا رجل أو رجلان فخفى على أهل الفقه وظهر فى عصر الحفاظ الجامعين لطرق الحديث .

---

(١) انظر ص ٨١ مؤلفنا « الجرائم فى الفقه الإسلامى » طبعة ١٩٦٨ ، وانظر ص ١٢٠ الإنصاف فى التنبيه على الأسباب التى أوجبت الخلاف للبطليوسى .

وذلك لأن الإحاطة الكاملة بجميع حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن لأحد من الصحابة أو الأئمة من بعدهم فقد كان يحدث أو يقضى أو يفعل الشيء فيسمعه أو يراه من يكون حاضراً ثم يبلغه أولئك الحضور أو بعضهم إلى غيرهم فلم تكن سنة رسول الله يحيط بها صحابى أو تابعى أو إمام من الأئمة بمفرده .

كذلك الخلفاء الراشدون أنفسهم لم يحيطوا بكل أفعال أو أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم .

فأبو بكر الصديق لما سئل عن ميراث الجدة قال : مالك فى كتاب الله من شيء ؛ ولكن أسأل الناس ، فسألهم ، فقام المغيرة بن شعبه ومحمد ابن مسلمه فشهدا أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس .

وعمر بن الخطاب استشار الصحابة فى إملاص[1] المرأة فقال المغيرة : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بالغرة : عبد أو أمة . فقال له عمر : من يشهد معك ؟ قال المغيرة : فخرجت فوجدت محمد بن مسلمة فجئت به فشهد معى .

وعثمان بن عفان لم يكن يعلم بأن المتوفى عنها زوجها تعتد فى بيت زوجها حتى حدثته الفريعة بنت مالك أخت أبى سعيد الخدرى بقضيتها لما توفى زوجها وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله .

كل هذا بالرغم من إتصال الخلفاء بالرسول عليه الصلاة والسلام وقربهم منه .

وقد جمعت أقوال الصحابة فى عصر الشافعى فكثرت واختلفت وتشعبت ورأى كثيراً منها يخالف الحديث الصحيح حيث لم يبلغهم ورأى

---

(١) الإملاص : إلقاء المرأة ولدها ميتاً (السقط) .

السلف لم يزالوا يرجعون فى مثل ذلك إلى الحديث فترك التمسك بأقوالهم ما لم يتفقــوا وقال : هم رجال ونحن رجال ورأى الرجــال يقولون بالاستحسان(١)... فقام وأخذ الفقه من أوله فأسس الأصول وفرع الفروع وصنف الكتب فأجاد و ُفاد واجتمع عليه الفقهاء وتصرفوا اختصاراً وشرحاً واستدلالا وتخريجاً فكان مذهب الشافعى . ثم لما ترك بغداد إلى مصر ورأى أموراً وعرفاً وأحداثاً غير هناك بدل مذهبه وتحول عن بعض آرائه ونشأ بعد ذلك المذهب الجديد .

٩ ــ كما يرى الجمهور أن السنة متى صحت كانت صالحة لأن تكون بياناً للكتاب سواء فى ذلك المتواتر(٢)منها والمشهور والصحيح(٣).

ويرى آخرون أن المشهور لا يعدو أن يكون خبر آحاد لا يفيد إلا الظن فلا يصح أن يكون حاكماً على ما يفيد القطع وهو الكتاب .

قال تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » .

---

(١) الاستحسان هو دليل ينقدح فى عقل المجتهد يقتضى ترجيح قياس خفى على قياس جلى . أو إستثناء جزئى من حكم كلى ، وقيل فيه غير ذلك . وهو طريق من طرق الاجتهاد بالرأى المختلف على جواز الاحتجاج بها .

(٢) الحديث المتواتر هو ما رواه جماعة مستفيضة عن مثلهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القرون الثلاثة الأولى مستندين فى روايتهم إلى الحس ولا يشترط فيهم عدد مخصوص بل الشرط اطمئنان النفس إلى أن مثلهم لا يتواطئون على الكذب عادة .

(٣) الحديث الصحيح منه المشهور وغير المشهور ، فالمشهور ما توافر فيه شرط التواتر فى القرن الثانى والثالث وهو أن يرويه فيها جماعة لا يجوز العقل تواطأهم على الكذب عادة ، ولم يتوافر له ذلك فى القرن الأول .

والصحيح غير المشهور ما لم يتوافر فيه ذلك فى القرنين الثانى والثالث .

والحديث الحسن هو ما نزل عن الصحيح وعلا عن الضعيف فهو منزلة بين المنزلتين .

أما الضعيف فهو ما لم تتوافر فيه صفات الصحيح ولا صفات الحسن وهو أنواع : فنه المرسل ومنه الموقوف ومنه المفصل ، ومنه المنقطع .

وفى رواية ذكرها رزين قال : أول ما كان الزنا فى الإسلام ، أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم » . الآية . « واللذان يأتيانها منكم فأذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما » .

ثم نزل بعد ذلك « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » .

ثم نزلت آية الرجم فى النور فكان الأول للبكر ثم رفعت آية الرجم من التلاوة وبقى الحكم بها .

وآية الرجم المشار إليها بأنها نسخت تلاوة وبقى حكمها هى : « الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله » .

وروى مسلم والترمذى وأبو داود عن عباده بن الصامت :

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذوا عنى ، خــذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » .

كل هذه النصوص دعت الفقهاء إلى القول بآراء متباينة فى عقوبة جريمة الزنا :

(١) فقالت طائفة ، منهم أبو حنيفة وصاحباه : يرجم المحصن ويجلد غير المحصن وليس نفيه بحد ، وإنما هو موكول إلى رأى الإمام ، إن رأى نفيه مصلحة فعل ، وإن رأى حبسه مصلحة فعل ، حتى يتوب .

ودليلهم على أن نفى البكر الزانى ليس بحد : أن قوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » يوجب أن يكون هذا هو الحد المستحق بالزنا وأنه كمال الحد . فلو جعلنا النفى حداً معه لكان الجلد بعض الحد وفى ذلك إيجاب نسخ الآية . وبذلك يثبت أن النفى إنما هو تعزير وليس بحد .

(ب) وقالت طائفة ، منهم مالك والثوري والأوزاعي : إن الجلد والرجم لا يجتمعان . واختلفوا في النفي بعد الجلد ؛ فقال ابن أبي ليلى : ينفى البكر بعد الجلد . وقال مالك : ينفى الرجل ولا تنفى المرأة ولا العبد ، ومن نفى حبس في الموضع الذي ينفى إليه .

وقال الثوري والشافعي والأوزاعي : ينفى الزاني .

(حـ) وقالت طائفة : يجلد المحصن مائة ثم يرجم حتى يموت .

وهو ما ورد عن علي بن أبي طالب من رواية للشعبي أن علي بن أبي طالب جلد شراحة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة فقال : أجلدها بكتاب الله وأرجمها بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم . وبهذا القول يقول الحسن البصري وابن راهويه وابن حزم إعماء للحديث المروى عن عبادة بن الصامت .

(د) وقالت طائفة : منهم الخوارج أن عقوبة الزاني الجلد فقط أحصن أو لم يحصن لأن الآية التي ذكرت الرجم نسخت من القرآن ، ولا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها ولأن هذا يفضى إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز عندهم .

وقد نظر الشافعي في صنيع الأوائل فوجد فيه أموراً جعلته يكف عن تتبع طريقهم . منها : أنه وجدهم يأخذون بالحديث المرسل والمنقطع فيدخل منها الخلل فإنه إذا جمع طرق الحديث يظهر أنه كم من مرسل لا أصل له وكم من مرسل يخالف مسنداً فقرر أن لا يأخذ بالمرسل إلا بشروط ولم تكن قواعد الجمع بين المختلفات مضبوطة عندهم فتطرق بذلك خلل في مجتهداتهم فوضع لها أصولا ودونها في كتاب وهذا أول تدوين كان في أصول الفقه .

وقد دخل على محمد بن الحسن وهو يطعن على أهل المدينة في قضائهم بالشاهد الواحد مع اليمين ويقول هذا زيادة على كتاب الله .

فقال الشافعي : أثبتَّ عندك أنه لا يجوز الزيادة على كتاب الله بخبر الواحد ؟ قال : نعم . فقال : فلم قلت أن الوصية للوارث لا تجوز لقوله صلى

الله عليه وسلم « ألا لا وصية لوارث » وقد قال تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . . . فانقطع كلام محمد بن الحسن .

١٠ – اعتقاد الفقيه ضعف الحديث باجتهاد قد خالفه فيه غيره مع قطع النظر عن طريق آخر سواء كان الصواب معه أو مع غيره أو معهما عند من يقول كل مجتهد مصيب .

١١ – اشتراط الفقيه فى خبر الواحد العدل الحافظ شروطاً يخالفه فيها غيره مثل اشتراط بعضهم عرض الحديث على الكتاب والسنة ، واشتراط بعضهم أن يكون المحدث فقيهاً إذا خالف قياس الأصول ، واشتراط بعضهم انتشار الحديث وظهوره إذا كان فيما تعم فيه البلوى .

١٢ – أن يكون الحديث قد بلغه وثبت عنده لكن نسيه وهذا مثل الحديث المشهور عن عمر رضى الله عنه أنه سئل عن الرجل يجنب فى السفر فلا يجد الماء فقال : لا يصلى حتى يجد الماء . فقال له عمار : يا أمير المؤمنين أما تذكر إذ كنت أنا وأنت فى الإبل فأجنبنا فأما أنا فتمرغت كما تمرغ الدابة وأما أنت فلم تصل ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : إنما يكفيك هكذا ، وضرب بيديه الأرض فمسح بهما وجهه وكفيه فقال له عمر : اتق الله يا عمار ، فقال : إن شئت لم أحدث به . فقال : بل نوليك من ذلك ما توليت . فهذه سنة شهدها عمر ثم نسيها حتى أفتى بخلافها وذكره عمار فلم يذكر وهو لم يكذب عمار بل أباح له أن يحدث به[1].

١٣ – معارضة الحديث بما يدل على ضعفه أو نسخه أو تأويله مما لا يعتقد غيره أو جنسه معارضاً أو لا يكون فى الحقيقة معارضاً راجحاً كمعارضة كثير من الكوفيين الحديث الصحيح بظاهر القرآن واعتقادهم أن ظاهر القرآن من العموم ونحوه مقدم على نص الحديث .

---

(١) انظر ص ٩ رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية .

ثالثاً : تغيير الزمن واختلاف البيئة

وقد جاء على لسان ابن قيم الجوزية بصـــدد الكلام فى تغير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد :

« إن الشريعة مبنـــاها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعـــاش والمعاد ، وهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله فى أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها[1] » .

ولما كتب الإمام مالك أمام دار الهجرة من المدينة رسالته إلى الإمام الليث بن سعد فقيه مصر وعالمها بعد أن بلغه أنه يفتى فى بعض المسائل بما يخالف ما عليه العمل بالمدينة المنورة[2] رد عليه الإمام الليث عن أسباب هذا الخلاف برسالة جاء فيها : وأما ما ذكرت من قول الله تعالى : « والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان رضى الله عنهم ورضوا عنه وأعد لهم جنات تجرى تحتها الأنهار خالدين فيها أبداً ، ذلك الفوز العظيم » . فإن كثيراً من أولئك السابقين الأولين خرجوا إلى الجهاد فى سبيل الله ابتغاء مرضاة الله فجندوا الأجناد واجتمع إليهم الناس فأظهروا

---

(١) انظر ص ١٥ أعلام الموقعين جزء ٣ .

(٢) وكان مما جاء بهذه الرسالة : « فإنما الناس تبع لأهل المدينة ، إليها كانت الهجرة وبها تنزل القرآن وأحل الحلال وحرم الحرام . إذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرهم ، يحضرون الوحى والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله واختار له ما عنده ، صلوات الله عليه ورحمته وبركاته » .

وفى النفس شيء من هذه الرسالة فإن ما ذكره الليث بن سعد معروف عن مالك كما سيأتى فى ص ٢٨ .

بين ظهرانيهم كتاب الله وسنة نبيه ولم يكتموا لهم شيئاً علموه ، وكان فى كل جند منهم طائفة يعلمون كتاب الله وسنة نبيه ويجتهدون برأيهم فيما لم يفسره لهم القرآن والسنة ، وتقدمهم عليه أبو بكر وعمر وعثمان الذين اختارهم المسلمون لأنفسهم ، ولم يكن أولئك الثلاثة مضيعين لأجنـــاد المسلمين ولا غافلين عنهم بل كانوا يكتبون فى الأمر اليسير لإقامة الدين والحذر من الاختلاف بكتاب الله وسنة نبيه ، فلم يتركوا أمراً فسره القرآن أو عمل به النبى صلى الله عليه وسلم أو ائتمروا فيه بعده إلا علموهموه ، فإذا جاء أمر عمل فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بمصر والشام والعراق على عهد أبى بكر وعمر وعثمان ولم يزالوا عليه حتى قبضوا لم يأمروهم بغيره ، فلا نراه يجوز لأجناد المسلمين أن يحدثوا اليوم أمراً لم يعمل به سلفهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والتابعين لهم مع أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اختلفوا بعد فى الفتيا فى أشياء كثيرة . ولولا أنى قد عرفت أن قد علمتها كتبت بها إليك ، ثم اختلف التابعون فى أشياء بعد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : سعيد بن المسيب ونظراؤه أشد الاختلاف ثم اختلف الذين كانوا بعدهم فحضرتهم بالمدينة وغيرها ورأسهم يومئذ ابن شهاب وربيعة بن أبى عبد الرحمن إلى آخر ما ذكر فى هذا الكتاب » .

ويكفى أن نتذكر أن عمر بن عبد العزيز كان يقضى وهو بالمدينة بشهادة الشاهد الواحد ويمين صاحب الحق فلما صار إلى الشام نراه يقول : إنا كنا نقضى بذلك بالمدينة فوجدنا أهل الشام على غير ذلك فلا نقضى إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين .

ويحرم أن يتخذ الخلاف بين الفقهاء أساساً لحيل يحتال بها الإنسان على الشرع حتى ينجو من العقاب .

فمن الحيل الباطلة التى فتحت الباب للسراق واللصوص والتى لو صحت لم تقطع يد سارق أبداً : أن ينقب أحدهما السطح ولا يدخل ، ثم يدخل شريكه فيخرج المتاع من السطح .

ومنها أن ينزل أحدهما من السطح فيفتح الباب من الداخل ، ويدخل الآخر فيخرج بالمتاع .

ومنها أن يدعى أن المسروق ملكه .

ومنها أن يبلع السارق الجوهرة أو الدنانير فى الحرز ويخرج بها .

ومنها أن يغير هيئة المسروق بالحرز ثم يخرج به .

ومنها أن يدعى أن رب الدار أدخله داره وفتح له باب داره ، فيسقط عنه القطع وإن كذبه ، إلى أمثال ذلك من الأقوال التى حقيقتها أنه لا يجب القطع على سارق البتة . مما دعا ابن القيم إلى أن يقول :

« فكل هذه حيل باطلة لا تسقط القطع ، ولا تثير أدنى شبهة ، ومحال أن تأتى شريعة باسقاط عقوبة هذه الجريمة بها بل ولا سياسة عادلة ، فإن الشرائع مبنية على مصالح العباد وفى هذه الحيل أعظم الفساد .

ومن الحيل الباطلة أيضاً الحيلة التى تتضمن إسقاط حد الزنا بأن يستأجر المرأة لتطوى له ثيابه ، أو تحول له متاعاً من جانب الدار إلى جانب آخر ، أو يستأجرها لنفس الزنا ثم يزنى بها فلا يجب عليه الحد ، وإذا أراد أن يزنى بأمه أو أخته أو بنته أو خالته أو عمته ولا يجب عليه الحد فليعقد عليها عقد النكاح بشهادة فاسقين ثم يطؤها ولا حد عليه . وأعظم من ذلك أن الرجل المحصن إذا أراد أن يزنى ولا يحد فليرتد ثم يسلم فإنه إذا زنى بعد ذلك فلا حد عليه أبداً حتى يستأنف نكاحاً أو وطئاً جديداً »(1).

ويرى مخالفو ابن القيم أن هذه الأمور توجد شبهة فى الحد والقاعدة العامة أن الحدود تدرأ الشبهات .

وكان هـــذا داعياً للبعض ، منهم ابن حزم إلى أن يطعن فى صحة

---

(1) انظر ص ٣١٦ جزء ٣ أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية .

« حديث اختلاف أمتي رحمة »[1] ويقول : وهذا من أفسد قول يكون ، لأنه لو كان الاختلاف رحمة لكان الاتفاق سخطاً وهذا ما لا يقوله مسلم ، لأنه ليس إلا اتفاق أو اختلاف ، وليس إلا رحمة أو سخط .

كما قال ابن حزم : إن معنى الخطأ الوارد في حديث : إذا اجتهد الحاكم وأخطأ فله أجر وإن أصاب فله أجران :

إن المراد بالخطأ هنا هو خطأ المجتهد في عدم مصادفة الدليل في تلك المسألة لا الخطأ الذي يخرج به عن الشريعة لأنه إذا خرج عن الشريعة فلا أجر له لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

وقد دخل هرون الرشيد على الإمام مالك رضي الله عنه فقال له : دعني أبا عبدالله أفرق هذه الكتب التي ألفتها وأنشرها في بلاد الإسلام وأحمل عليها الأمة . فقال له : يا أمير المؤمنين إن اختلاف العلماء رحمة من الله على هذه الأمة فكل يتبع ما صح دليله عنده وكل على هدى وكل يريد الله . وكان الإمام مالك يقول : كثيراً ما شاورني هرون الرشيد أن يعلق كتاب الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه . فقلت له : لا تفعل لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلاد وكل مصيب . فقال : زادك الله توفيقاً يا أبا عبدالله .

وفي رواية أنه لما حج المنصور قال للإمام مالك : إني عزمت على أن آمر بكتبك هذه التي وضعتها فتنسخ ثم أبعث بها إلى كل مصر من أمصار

---

(١) قال فيه السيوطي في الجامع الصغير : ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا ونقل المناوي عن السبكي أنه قال : وليس بمعروف عند المحدثين ، ولم أقف له على سند صحيح ولا ضعيف ولا موضوع وأقره الشيخ زكريا الأنصاري في تعلقه على تفسير البيضاوي . وقال الشيخ الحفني في تعليقه على العزيزي عند قوله اختلاف أمتي رحمة : أي في الفروع وأما الأصول فليس رحمة ، بل من خالف مذهب أهل السنة كالقدرية فاختلافهم ضلال لا رحمة .

قال العزيزي : أسنده البيهقي في المدخل والديلمي في الفردوس من حديث ابن عباس لكن بلفظ اختلاف أصحابي رحمة .

المسلمين وآمرهم أن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره. فقال الإمام مالك رحمه الله : لا تفعل ذلك يا أمير المؤمنين فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم، ودانوا إلى الله تعالى فدع الناس وما اختاروا لأنفسهم فى كل بلد.

وكان الجمهور فى المائة الأولى والثانية غير مجمعين على التقليد لمذهب واحد بعينه وكان الناس على درجتين : العلماء والعامة وكان العامة يتعلمون الدين عن آبائهم أو العلماء من معلمى بلادهم ممن حصلت لهم القدرة على الفتوى.

وقد قال الغزالى : إنه لما انقرض عهد الخلفاء الراشدين انفضت الخلافة إلى قوم تولوها بغير استحقاق ولا علم لهم بالفتاوى والأحكام فاضطروا إلى الإستعانة بالفقهاء وإلى استصحابهم فى جميع أحوالهم وكان قد بقى من العلماء من هو مستمر على الطراز الأول ويلازم صفو الدين. فكانوا إذا طلبوا هربوا وأعرضوا فرأى أهل تلك الأعصار غيرة العلماء وإقبال الأئمة عليهم مع إعراضهم فاشتدوا لطلب العلم توصلا إلى نيل العز ودرك الحياة، فأصبح الفقهاء بعد أن كانوا مطلوبين طالبين، وبعد أن كانوا أعـزة بالإعراض عن السلاطين أذلة بالإقبال عليهم إلا من عصمه الله.

هل يجوز الانتقال من مذهب إلى مذهب آخر ؟ :

قال الإمام جلال الدين السيوطى حين سئل عن الانتقال من مذهب إلى آخر :

الذى أقول به أن للمنتقل أحوالا :

١ ــ أن يكون الحامل له على الانتقال أمراً دنيوياً اقتضته الحاجة إلى الرفاهية كحصوله على وظيفة أو مرتب أو قرب من الحكام، فهذا كله حكم مهاجر أم قيس لأنه الأعز من مقاصده[1].

---

(١) مهاجر أم قيس رجل من مكة كان يحب امرأة تدعى أم قيس وهاجر مع المهاجرين متظاهراً بأنه يهاجر لله والحقيقة أنه يهاجر لهذه المرأة، قال النبى صلى الله عليه وسلم : =

٢ — أن يكون الحامل له على الانتقال أمراً دنيوياً كذلك لكنه عامى لا يعرف الفقه وليس له من المذهب سوى الاسم كغالب المباشرين وأركان الدولة وخدامهم وخدام المدارس ، فمثل هذا أمره خفيف إذا انتقل عن مذهبه الذى كان يزعم أنه متقيد به ، ولا يبلغ إلى حد التحريم لأنه إلى الآن عامى لا مذهب له فهو كمن أسلم جديداً له أن يعتنق أى مذهب من المذاهب .

٣ — أن يكون الحامل له أمراً دنيوياً كذلك ولكنه على قدر من العلم يجعله فقيهاً فى مذهبه فهذامحرم عليه لأن فعلهتلاعب بالأحكام .

٤ — أن يكون انتقاله لغرض دينى ولكنه كان فقيهاً فى مذهبه وإنما انتقل لترجيح المذهب الآخر عنده لما رآه من وضوح أدلته وقوة مداركه فقال البعض : يجب عليه الانتقال للمذهب الجديد وقال البعض : يجوز له ذلك . وقد أقر العلماء من انتقل إلى مذهب الشافعى حين قدم مصر وكانوا مقلدين للإمام مالك .

٥ — أن يكون إنتقاله إلى المذهب الآخر لغرض دينى ولكنه ليس بفقيه واشتغل بالفقه فلم تتقدم حاله فى المذهب القديم ووجد مذهب غيره أسهل عليه بحيث يرجو سرعة إدراكه والتفقه فيه فهذا يجب عليه الانتقال إلى المذهب الجديد .

ويقول البعض : إن هذا هو السبب فى تحول الطحاوى حنفياً بعد ان كان شافعياً فإنه كان يقرأ على خاله الإمام المزنى فتعسر يوماً عليه الفهم فحلف المزنى أنه لايجىء منه شىء فانتقل إلى مذهب الإمام أبى حنيفة ففتح الله تعالى عليه وصنف كتاباً عظيما شرح فيه المعانى والآثار وكان يقول: لو عاش خالى ورآنى اليوم لكفر عن يمينه .

= إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه .

٦ ـ أن يكون انتقاله لا لغرض ديني ولا دنيوى بأن كان مجرداً عن القصدين فهذا يجوز للرجل العامى ويكره من الفقيه وقال البعض : يحرم عليـــه(١).

ونرى من هذا كله أن المسألة تتعلق بالنية فمن حسنت نيته كان له أن ينتقل من مذهب إلى آخر .

وقد كان الأئمة والفقهاء يقدرون ويعظم بعضهم بعضاً فقد نقل ابن الصلاح فى علوم الحديث أن الشافعى قال فى رسالته القديمة بعد أن أثنى على الصحابة بما هم أهله : والصحابة رضى الله عنهم فوقنا فى كل علم واجتهاد وورع وعقل وفى كل أمر استدرك به علم . وآراؤهم لنا أحمد وأولى من رأينا عندنا لأنفسنا .

وروى البيهقى أن الشافعى استفتى فيمن نذر ليمشين إلى الكعبة وحنث فأفتى بكفارة يمين فكأن السائل توقف فى ذلك ، فقال الشافعى : قد قال بهذا القول من هو خير منى : عطاء بن أبى رباح رضى الله عنه .

وقد نقل فى تعظيم الإمام الشافعى للإمام أبى حنيفة أنه لما زار الإمام الشافعى قبر الإمام أبى حنيفة وأدركته صلاة الصبح عنده ترك القنوت(٢) وقال : كيف أقنت بحضرة الإمام وهو لا يقول به .

وقال الإمام مالك لما سئل عن الإمام أبى حنيفة : ما تقولون فى رجل لو ناظرنى أن نصف هذه الأسطوانة حجر ونصفها فضة لقام بحجته ؟

وكذلك قول الإمام الشافعى : النـــاس كلهم فى الفقه عيال على الإمام أبى حنيفة ؟

وقد سأل الإمام الليث الإمام مالك فى مسألة أرسلها له من مصر عن

---

(١) انظر تفصيل هذا الموضوع فى الميزان للشعرانى جزء ١ ص ٤٢ .

(٢) القنوت : المراد به هنا الدعاء الذى يقال فى الركعة الأخيرة من صلاة الصبح .

حكم الله فيها فكتب الإمام مالك إليه : أما بعد فإنك يا أخى إمام هــدى ، وحكم الله تعالى فى هذه المسألة ما قام عندك .

وقال أحمد بن حنبل تعظيما من قدر الشافعى :

ما أحد مس بيده محبرة ولا قلماً إلا وللشافعى فى رقبته منة .

وقال أحمد بن حنبل أيضاً لمحمد بن مسلم أحد أئمة الحديث ، وقد قدم من مصر : كتبت كتب الشافعى ؟ فقال لا . قال : فرطت . ما علمنا المجمل من المفسر ولا ناسخ حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من منسوخه حتى جالسنا الشافعى .

كما قال الشافعى : خرجت من العراق فما تركت رجلا أفضل ولا أعلم ولا أروع ولا أتقى من أحمد بن حنبل .

* * *

مما قدمنا كله يتبين لنا أن الخلاف بين الأئمة والفقهاء فى الرأى أمر تقتضيه طبيعة الأشياء فهو ليس اختلافاً حقيقياً فى الأصول بل هو تفاوت فى فهم الفروع .

فنحن اليوم إذا أخذنا ما يناسب العصر الذى نعيش فيه من آراء هؤلاء الفقهاء كنا فى نطاق الشريعة السمحة .

الفصل الأول

نظرية الشروع

فى الفقه الوضعى

إذا تجاوز المجرم مرحلة العزم على ارتكاب الجريمة دون أن يصل إلى إتمام تنفيذها ، فعندئذ قد يتدخل المشرع بالعقاب إذا عد فعله شروعاً .

وقد اختلفت المذاهب العلمية فى تعيين الحد الذى يبدأ عنده تدخل المشرع بالعقاب ، وفى تعيين مدى العقاب الذى يجب أن يقرره .

فهل يستلزم لتوافر الشروع قيام عمل من الأعمال المكونة للجريمة ذاتها ؟

أم يكتفى بوقوع أعمال تحضيرية ؟

وهل يقرر المشرع للشروع عقاباً مساوياً لعقاب الجريمة التامة أو أخف منه ؟

مراحل ارتكاب الجريمة

مرحلة التفكير فى ارتكاب الجريمة .

هى المرحلة التى يفكر فيها المجرم ويصمم على ارتكابها ، أو بعبارة أخرى هى المرحلة التى ينعقد فيها عزمه أو نيته على القيام بالإعتداء على حق أو على مصلحة يحميها القانون بالعقاب ، فالجريمة فى هذا الطور لم تولد وإنما هى فى طور تطور الجنين فلا تزال فى دائرة الذهن ولم تأخذ بعد مظهراً مادياً اجرامياً ، إيجابياً كان أو سلبياً .

ولا عقاب على الجريمة فى هذه المرحلة مهما ثبت وجودها بصفة قاطعة كاعتراف صاحبها أو تسجيلها فى محرر بخطه ، إذ المشرع لا يتدخل فى النيات والضمائر .

وهذا المبدأ القاضى بعدم العقاب على الجريمة وهى فى دائرة النية مبدأ مسلم به فى جميع الشرائع الجنائية الوضعية ولا نزاع عليه بين العلماء .

إلا أن المشرع الجنائى رأى فى بعض الصور خطراً على سلامة المجتمع فقرر العقاب رغم أن الجريمة لم تخرج من دائرة النية والعزيمة ولم تأخذ طريقها إلى التنفيذ ، نظراً لما ظهرت به هذه النية من مظهر خارجى خطر قد يجعل تنفيذهامؤكداً أو يحدث اضطراباً فى المجتمع أو دعاية ضارة كما فى حالة الاتفاق الجنائى أو فى بعض الأمور التى تمس سلامة الجمهورية من الداخل أو الخارج[1].

مرحلة التحضير للجريمة

الأعمال التحضيرية هى المظهر الخارجى للتصميم الجنائى ولكنها لا تدخل فى تنفيذ الجريمة . ولا يربطها به إلا رابطة فكرية فى ذهن الجانى ، كشراء سلاح لاستعماله فى جريمة قتل مزمع ارتكابها أو استحضار سلم للصعود عليه فى السرقة ، أو شراء مثقب لكسر الباب أو صنع مقذوف أو حشو السلاح به ولا يعاقب على هذه الأعمال .

وعدم العقاب مرجعه أنها من جهة قابلة للتأويل فقد تقع لغرض برىء كما تحدث لغرض إجرامى ، ومن جهة أخرى لا خطورة فيها ولو ثبت منها قصد ارتكاب جريمة محددة ، كما أنه من صالح المجتمع أن يكتفى بعدم وقوع الضرر وأن يصرف النظر عنها بدلا من تقرير عقاب قد يدفع المجرم

---

(١) انظر ص ٢٠٤ من القانون الجنائى للأستاذ المرحوم على بدوى .

إلى تنفيذ جريمته لا العدول عنها ، فالمجتمع يريد أن يشجع المجرم على العدول عن جريمته .

ولكن هذه الأعمال التحضيرية قد يعاقب عليها القانون فى ذاتها مستقلة عن النية التى أظهرتها وعن الجريمة التى قصدت إليها باعتبارها مكونة لجرائم خاصة . مثل العقاب الذى يفرض فى حمل السلاح وإحرازه دون ترخيص وفى جريمة صنع أو تقليد مفاتيح أو آلات مع توقع استعمالها فى ارتكاب جريمة ، وبعض الحالات الأخرى .

البدء فى التنفيذ

فإذا تحققت نية المجرم وتم تنفيذ جريمته فلا صعوبة فى الأمر لأن العقاب فى هذه الحالة يلحق كل فاعل وكل شريك فيها .

فإذا تجاوز المجرم مرحلة العزم على ارتكاب الجريمة دون أن يصل إلى إتمام تنفيذها فقد يتدخل المشرع بالعقاب إذا اعتبر فعله شروعاً .

وقد اختلفت المذاهب العلمية فى تعيين الحد الذى يبدأ عنده تدخل المشرع بالعقاب ، وفى تعيين مدى العقاب الذى يجب أن يقرره وأهم هذه المذاهب مذهبان هما :

المذهب المادى :

يقرر أنصار هذا المذهب أن العامل المهم فى الجريمة هو الفعل المادى الذى يرتكب وما يترتب عليه من الضرر فبدء التنفيذ الذى يُكوّن الشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة كما نص عليها القانون .

فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإن كانت الجريمة تستلزم جملة أفعال فالشروع فيها يكون بارتكاب أحد هذه الأفعال أو البدء فى أحدها .

ففى السرقة بوضع الجانى يده على الشيء المراد سرقته .

وفى القتل بإعمال السلاح فى المجنى عليه .

فيعاقب الجانى فى هذه الحالات ولو أوقفت الجريمة أو خاب أثرها متى كان ذلك لسبب خارج عن إرادته .

ويتدرج فى العقاب فيقل كلما بعد المجرم عن التنفيذ ويزاد فى الشدة كلما اقترب المجرم فى أعماله من تحقيق قصده ، وبذلك تكون درجة العقاب متوقفة على مبلغ الضرر المادى الذى حدث ، فيتدرج من عقاب كامل فى الجريمة التامة إلى عقاب أخف فى الجريمة الخائبة[1] إلى عقاب أكثر خفة فى الجريمة الموقوفة[2] إلى عدم العقاب فى الجريمة المستحيلة[3].

فهذا المذهب يحصر الشروع فى دائرة ضيقة بينما تقضى الضرورات الاجتماعية بعقاب أعمال خطرة يجب اعتبارها بدءاً فى التنفيذ ولو أنها ليست من الأعمال المكونة للجريمة فى ذاتها كدخول المنزل فى السرقة وتصويب السلاح فى القتل .

---

(١) الجريمة الخائبة هى : الجريمة التى يقوم فيها الفاعل بجميع الأعمال المنفذة للجريمة ولكنها لا تحدث النتيجة المطلوبة ، كإطلاق العيار على المجنى عليه فيخطئه أو يصيبه ويشفى المجنى عليه من إصابته .

(٢) الجريمة الموقوفة هى : الجريمة التى لا يتم فيها الفاعل الأعمال التنفيذية للجريمة أو التى لا يستنفد فيها استعمال الوسائل التى أعدها لارتكابها كما إذا ضبط الجانى أو هرب بعد دخوله المنزل وقبل حيازة المال المراد سرقته وكما إذا منع الجانى عن إطلاق العيار بعد تصويب السلاح إلى خصمه .

(٣) الجريمة المستحيلة : هى الجريمة التى لا يمكن تحققها لعدم توافر موضوعها أو لعدم صلاحية وسائلها كالسرقة من جيب خال ، والقتل بمسدس لا ينطلق أو محاولة إجهاض امرأة غير حامل ومحاولة قتل طفل ولد ميتاً .

انظر الأستاذ المرحوم على بدوى فى الأحكام العامة فى القانون الجنائى ص ٢٤٠ .

المذهب الشخصي :

أساس هذا المذهب النظر إلى شخص الجاني ونيته الإجرامية ، وأما ذات الفعل الذي يرتكب ففي المقام الثاني باعتباره مظهراً لهذه النية الخطرة وهذا المذهب يجعل هذه النية الخطرة أساساً للعقاب ومقياساً له سواء تم تنفيذ الجريمة أم لم يتم وسواء أوقفت أعماله أم خاب أثرها بعد تمامها متى كان ذلك لسبب خارج عن إرادته وسواء كانت الجريمة ممكنة أم مستحيلة .

وقد انتهى أنصار هذا المذهب إلى القول بأن المتهم يعد شارعاً إذا كان الفعل المرتكب يؤدى حالا ومباشرة إلى إتمام الجريمة بحيث يصح اعتبار المتهم بهذا الفعل قد دخل فى دور العمل على إتمام الجريمة .

وهذا الرأى هو الذى يتمشى مع نص المادة ٤٥ من قانون العقوبات المصرى التى تقرر : « الشروع هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها . ولا يعتبر شروعاً فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك » .

فى الشريعة الإسلامية

يقول البعض إنه لم يكن لنظرية الشروع بالمعنى الذى يفهم منها الآن ، وجود فى عهد تطبيق الشريعة الإسلامية ، إذ أنه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية للقاضى أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر فى الشرع بما يراه زاجراً له ورادعاً لغيره[1].

ويقرر البعض الآخر أن الفقهاء لم يعبروا عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها

---

(١) انظر ص ٢١٤ شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتورين محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد .

معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها ما دام أن ما تم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها جرائم الشروع فلن نأتى بشىء جديد وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير وتمييز لبعض جرائم التعازير من بعضها الآخر دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز ، ودون ألا يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع ، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها فى القوانين الوضعية[1].

والحقيقة أن الشريعة كانت سباقة فى العقاب فى هذه المسائل وإن لم يخصص فقهاؤها الأقدمون باباً خاصاً لهذه النظرية ٥

ومع كل فقد وجدنا فروضاً كثيرة بين طيات كتب الفقه الإسلامى تعبر عن الشروع فى الجريمة دون أن يسميها الفقهاء بهذا الاسم المستحدث .

ونتكلم عن مراحل تنفيذ الجريمة فى الشريعة الإسلامية .

مرحلة النية والتفكير

النية هى قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله فهى بذلك تختلف عن الإرادة ، وهى تعمد الفعل المادى أو الترك[2].

وتختلف عن العزم : الذى هو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل فهى أخفض منه مرتبة كما أنها سابقة عليـــه .

والنية ما لم تظهر إلى الوجود فلا عقاب فيها . إنما قد يكون فيها الإثم الدينى فقد يكتب للإنسان أو عليه ما لم يفعله .

---

(١) انظر التشريع الجنائى الإسلامى الجزء الأول ص ٣٤٥ .

(٢) وقد لا تختلف الإرادة عن النية إذا تعلقت بفعل نفس الشخص كقوله تعالى : « ولا تطرد الذين يدعون ربهم بالغداة والعشى يريدون وجهه » فالإرادة هنا بمعنى النية .

قال الشافعي : « وأبان الله عز وجل لخلقه : أنه تولى الحكم فيما أثابهم وعاقبهم عليه . على ما علم من سرائرهم . وافقت سرائرهم علانيتهم أو خالفتها فإنما جزاهم بالسرائر فأحبط عمل كل من كفر به » .

وقوله تعالى : إذا جاءك المنافقون ، قالوا نشهد إنك لرسول الله إلى قوله تعالى : « اتخذوا أيمانهم جنة » يعني من القتل .

فمنعهم من القتل ولم يُزِل عنهم — في الدنيا — أحكام الإيمان بما أظهروا منه . وأوجب لهم الدرك الأسفل من النار بعلمه بسرائرهم وخلافها لعلانيتهم بالإيمان[1]» .

أخرج الترمذي من حديث أبي كبشة الأنماري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الدنيا لأربعة نفر : عبد رزقه الله مالا وعلماً ، فهو يتقي فيه ربه ، ويصل رحمه ويعلم لله فيه حقاً . فهذا بأفضل المنازل .

وعبد رزقه الله علماً ، ولم يرزقه مالا ، فهو صادق النية ، يقول : لو أن لي مالا لعملت بعمل فلان فهو بنيته فأجرهما سواء .

وعبد رزقه الله مالا ولم يرزقه علماً ، فهو يخبط فيه بغير علم ، لا يتقي فيه ربه ، ولا يصل رحمه ، ولا يعلم لله فيه حقاً فهذا بأخبث المنازل .

وعبد لم يرزقه الله مالا ولا علماً ، فهو يقول : لو أن لي مالا لعملت فيه بعمل فلان ، فهو بنيته ، فوزرهما سواء »[2].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يبعث الناس على نياتهم » . رواه الإمام أحمد عن أبي هريرة .

أما النية التي تعقد في النفس على إرتكاب جريمة من الجرائم سواء كانت

---

(١) انظر ص ٣٠٠ جزء ١ أحكام القرآن للشافعي .
(٢) انظر أحكام القرآن للقرطبي ص ٢١٥ جزء ٤ .

هذه الجريمة تستوجب حداً أم قصاصاً أم دية أم تعزيراً فما دامت لم تخرج إلى حيز التنفيذ فلا عقوبة دنيوية .

فالقاعدة فى الشريعة أنه لا عقاب على حديث النفس فى الجريمة قبل ارتكابها . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تكلم » .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه فإن عملها كتبت سيئة واحدة » .

قال القرطبي :

معنى لم يعملها « لم يعزم على عملها » .

ومعنى فإن عملها « أى أظهرها أو عزم عليها »(١).

وقال السيوطى فى كتابه الأشباه والنظائر فى تعليقه على هذا الحديث : « ووقع فى فتاوى قاضى القضاة تقى الدين بن رزين أن الإنسان إذا عزم على معصية فإن كان قد فعلها ولم يتب منها فهو مؤاخذ بها لأنه إصرار ، وقد تكلم السبكى فى الحلبيات على ذلك كلاماً مبسوطاً أحسن فيه جداً فقال : الذى يقع فى النفس من قصد المعصية على خمس مراتب :

الأولى : الهاجس وهو ما يلقى فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ، ثم حديث النفس، وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أولا ؟ ثم الهم ، وهو ترجيح قصد الفعل ، ثم العزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم به ، فالهاجس لا يؤاخذ به اجماعاً لأنه ليس من فعله ، وإنما هو شيء ورد عليه . لا قدرة له ولا صنع ، والخاطر الذى بعده كان قادراً على دفعه بصرف الهاجس أول وروده . ولكنه هو وما بعده من حديث النفس مرفوعان بالحديث الصحيح . وإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق الأولى .

---

(١) انظر ص ٢١٥ جزء ٤ القرطبى .

وهذه المراتب الثلاثة أيضاً لو كانت فى الحسنات لم يكتب له بها أجر .

أما الأول فظاهر ، وأما الثانى والثالث فلعدم القصد . وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح « إن الهم بالحسنة » يكتب حسنة ، والهم بالسيئة لا يكتب سيئة وينتظر فإن تركها كتبت حسنة وإن فعلها كتبت سيئة واحدة والأصح فى معناه أن يكتب عليه الفعل وحده ، وهو معنى قوله « واحدة » وأن الهم مرفوع .

ومن هذا يعلم أن قوله فى حديث النفس « ما لم يتكلم أو يعمل » ليس له مفهوم . حتى يقال إنها إذا تكلمت أو عملت يكتب عليه حديث النفس ، لأنه إذا كان الهم لا يكتب ، فحديث النفس أولى ، هذا كلامه فى الحلبيات .

وقد خالفه فى شرح المنهاج فقال :

أنه ظهر له المؤاخذة من إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « أو تعمل » ولم يقل أو تعمله فقال : فيؤخذ منه تحريم المشى إلى معصية ، وإن كان المشى فى نفسه مباحاً ، لكن لانضمام قصد الحرام إليه — فكل واحد من المشى والقصد لا يحرم عند انفراده . أما إذا اجتمعا فإن مع الهم عملا لما هو من أسباب المهموم به فاقتضى إطلاق « أو تعمل » المؤاخذة به . قال : فاشدد بهذه الفائدة يديك ، واتخذها أصلا يعود نفعه عليك .

وقال ولده فى منع الموانع :

هنا دقيقة نبهنا عليها فى جمع الجوامع وهى أن عدم المؤاخذة بحديث النفس والهم ليس مطلقاً ، بل بشرط عدم التكلم والعمل ، حتى إذا عمل يؤاخذ بشيئين ، همه وعمله ، ولا يكون همه مغفوراً وحديث نفسه إلا إذا لم يتعقبه العمل ، كما هو ظاهر الحديث ، ثم حكى كلام أبيه الذى فى شرح المنهاج ، والذى فى الحلبيات ، ورجح المؤاخذة .

ثم قال فى الحلبيات : وأماالعزم فالمحققون على أنه يؤاخذ به . وخالف بعضهم وقال إنه من الهم المرفوع وربما تمسك بقول أهل اللغة : وهم بالشىء ، عزم عليه ، والتمسك بهذا غيرسديد لأن اللغوى لا يتنزل إلى هذه الدقائق .

واحتج الأولون بحديث : إذا التقى المسلمان بسيفيهما فقتل أحدهما صاحبه فالقاتل والمقتول فى النار ، قالوا يا رسول الله ، هذا القاتل ، فما بال المقتول ؟ قال : إنه كان حريصاً على قتل صاحبه . فعلل بالحرص .

واحتجوا أيضاً بالإجماع على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد ونحوه وبقوله تعالى : « ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم » . على تفسير الإلحاد بالمعصية ، ثم قال : إن التوبة واجبة على الفور ، ومن ضرورتها العزم على عدم العود ، فمتى عزم على العود قبل أن يتوب منها ، فذلك مضاد للتوبة ، فيؤاخذ به بلا اشكال وهو الذى قاله ابن رزين .

ثم قال فى آخر جوابه : والعزم على الكبيرة ، وإن كان سيئة فهو دون الكبيرة المعزوم عليها(1).

الأعمال التحضيرية

هى المظهر الخارجى للتفكير والتصميم والعزم على ارتكاب الجريمة .

والأصل أن الأعمال التحضيرية لا يعاقب عليها فى الشريعة دنيوياً إلا إذا كانت بذاتها تكون معصية يجب فيها التعزير ، وقد يكون فيها عقاب الآخـــرة .

قال الله تعالى : « وإن تبدوا ما فى أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله » .

وفى تفسير هذه الآية :

روى الربيع عن الشافعى أن عكرمة قال لابن عباس : إن ابن عمر تلا هذه الآية فبكى ، ثم قال : والله لئن أخذنا الله بها لنهلكن . فقال ابن عباس : يرحم الله أبا عبد الرحمن ، قد وجد المسلمون منها ــ حين نزلت ــ ما وجد ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فنزلت : « لا يكلف الله

---

(1) انظر ص ٣٧ ، ٣٨ من الأشباه والنظائر للسيوطى .

نفساً إلا وسعها . لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ، ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا . ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ، ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به ، واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين[1]» .

ورد فى فتح القدير :

وإذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم أو واحد له منعة بقوته ونجدته : « شوكته »[2]يقصدون قطع الطريق أى أخذ المارة ، فإن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً ، بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم فى الحبس أو يموتوا ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفى[3].

بدء التنفيذ والجريمة التامة

من استقراء النصوص الفقهية فى الشريعة الإسلامية نجـــد أن فكرتى المذهب المادى والشخصى موجودتان فيها .

فبعض المذاهب الإسلامية اتجاهها اتجاه المذهب المادى والبعض الآخر اتجاهه اتجاه المذهب الشخصى .

فنجد أنغالبية الفقهاء يعتبرون الجانى قد بدأ فى تنفيذ جريمته عندما يقوم بأحد الأفعال التى يتكون منها الركن المادى أو يبدئه فى فعل من هذه الأفعالوهى فكرة المذهب المادى .

ورد فى المحلى لابن حزم :

عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فوجد بها

---

(١) انظر ص ٤٢ جزء ١ أحكام القرآن للإمام الشافعى رواية البيهقى .

(٢) فى المصباح المنير : النجدة هى الشجاعة والشوكة شدة البأس والقوة فى السلاح .

(٣) انظر ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ فتح القدير جزء ٤ .

قد جمع المتاع ولم يخرج به فأتى به إلى ابن الزبير فجلده وأمر به أن يقطع فمر بابن عمر فسأل فأخبر فأتى ابن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال : نعم . قال : فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت . فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت أرأيت لو رأيت رجلا بين رجلى امرأة لم يصبها أكنت حاده ؟ قال : لا . قال : لعله كان نازعاً تائباً وتاركاً للمتاع (١).

وورد فى المدونة :

قلت : أرأيت إن جمع المتاع وحمله فأدرك فى الحرز قبل أن يخرجه أيقطعه فى قول مالك ؟ قال : قال مالك لا يقطع (٢).

بل بالغ البعض فى هذا الرأى فقالوا إنه لكى تتم الجريمة يجب أن يحوز السارق الشيء ويمكنه بعد ذلك أن يتصرف فيه .

ورد فى المبسوط :

ولو رمى السارق المسروق إلى السكة ثم لماخرج لم يجده بأن كان أخذه غيره وذهب به ، لم يقطع لأن فعله هذا كان تضييعاً للمال لا تتميماً لفعل السرقة . وكما ثبتت يد الغير عليه بالأخذ زالت يده حكماً فقد خرج ولا مال فى يده (٣).

ويرى آخرون منهم الشافعى والحسن والسيدة عائشة أن العبرة بنفسية الجانى فإذا دخل اللص المكان الذى ينوى سرقته وجمع المتاع المراد سرقته وضبط قبل خروجه اعتبر فعله جريمة سرقة تامة وليس بدءاً فى التنفيذ فقط وهى فكرة المذهب الشخصى .

ورد فى المبسوط :

وإن دخل الحرز وجمع المتاع ولم يخرجه حتى أخذ لم يقطع لأن تمام

---

(١) انظر ص ٣٢٠ جزء ١١ .

(٢) انظر ص ٧٢ جزء ١٦ المدونة .

(٣) انظر ص ١٤٨ جزء ٩ المبسوط .

السرقة بإخراج المال من الحرز فمقصود السارق لا يتم إلا به وقبل تتميم السبب لا يلزمه القطع .

وعند الشافعي رحمه الله تعالى يقطع لأن سرقته قد تمت بأخذ المال المحرز والخروج بعد ذلك ليس تتميم فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه وهو كحد الزنا يجب بنفس الإيلاج إن أخذ على ذلك قبل أن ينزع نفسه .

ولكننا نقول : هناك يحصل مقصوده فى الإيلاج وههنا لا يحصل مقصوده فى صرف المسروق إلى شهواته وحاجاته وذلك يكون بعد الإخراج فلا يقطع إذا أخذ قبل أن يخرج(١).

وورد فى الجصاص :

قال أبو بكر رحمه الله : اتفق فقهاء الأمصار على أن القطع غير واجب إلا أن يفرق بين المتاع وبين حرزه والدار كلها حرز واحد فما لم يخرجه من الدار لم يجب القطع .

وروى ذلك عن على بن أبى طالب وابن عمر وهو قول ابراهيم .

وروى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم قال : بلغ عائشة أنهم كانوا يقولون إذا لم يخرج بالمتاع لم يقطع . فقالت عائشة او لم أجد إلا سكيناً لقطعته .

وروى سعيد عن قتادة عن الحسن قال : إذا وجد فى بيت فعليه القطع .

قال أبو بكر :

دخوله البيت لا يستحق به اسم السارق فلا يجوز إيجاب القطع به وأخذه فى الحرز أيضاً لا يوجب القطع لأنه باق فى الحرز . ومتى لم يخرجه من الحرز فهو بمنزلة من لم يأخذه فلا يجب عليه القطع . ولو جاز إيجاب القطع فى مثله لما كان لاعتبار الحرز معنى(٢).

---

(١) انظر ص ١٤٧ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٥٢٤ جزء ٢ الجصاص ، وانظر ص ٢٣٨ جزء ٤ فتح القدير ، وعن عائشة والحسن والنخعى أن من جمع المال فى الحرز قطع وإن لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز أصلا .

ونلاحظ أنه بالنسبة لجريمة الحرابة يرى بعض الفقهاء الخروج على القواعد العامة السابق ذكرها ، فيكتمل الركن المادى بمجرد الدخول إلى الحرز ولو لم يخرج المسروق منه . ورد فى المنتقى شرح الموطأ :

« وإذا أخذ السارق المتاع ليلا فطلب رب المال المتاع منه فكابره عليه بالسلاح أو بالسكين أو بالعصا حتى خرج به أو لم يخرج حتى كثر عليه الناس ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه هو محارب . وذلك يقتضى أنه لا يراعى فى الحرابة إخراج المتاع من الحرز »(١).

* * *

وقد اضطر فقهاء الغرب إلى صياغة نظرية الشروع لأهمية ذلك من ناحيتين :

١ — إن عقاب الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة .

٢ — إن الجانى يستطيع ما دام أن الجريمة لم تتم أن يعدل عن ارتكابها فيكفى نفسه شر العقاب .

وعلى ذلك سنتكلم فى عقوبة الشروع ثم العدول عن الجريمة .

أولا : عقوبة الشروع

نصت المادة ٤٦ من قانون العقوبات المصرى على :

يعاقب على الشروع فى الجناية بالعقوبات الآتية إلا إذا نص قانوناً على خلاف ذلك .

بالأشغال الشاقة المؤبدة إذا كانت عقوبة الجناية الإعدام .

بالأشغال الشاقة المؤقتة إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤبدة .

---

(١) انظر ص ١٦٩ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ للباجى .

بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً . أو بالسجن إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤقتة .

بالسجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً أو الحبس أو غرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً إذا كانت عقوبة الجناية السجن . كما نصت المادة ٤٧ :

تعين قانوناً الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة هذا الشروع .

في الفقه الإسلامي :

وقديماً لاحظ الفقهاء أنه لا يمكن أن تستوي الجريمة التامة مع الشروع فيها ففي جرائم الحدود لا يعاقب على الشروع فيها بالحد وإنما بالتعزير ويتدرج في هذا التعزير كلما اقتربت الجريمة من الاكتمال وهي النظرية التي أخذ بها المذهب المادي التي سلف ذكرها .

ورد في الأحكام السلطانية للماوردي :

إذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة أسواط ، وإذا وجد معه منقب أو كان مراصداً للمال يحقق(١).

كما ورد في فتح القدير :

« يعزر : من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ، ومن معه ركوة خمر » .

---

(١) انظر ص ٢٢٩ الماوردي ، وانظر ص ٢٦٥ أبو يعلى .

فمن معه ركوة خمر « ولو أنه لم يشرب الخمر » يعزر .

ونستطيع أن نقرر هنا أن العقاب فى هذه الحالة ليس عقاباً على الشروع فى جريمة شرب الخمر وإنما هو عقاب على جريمة منفصلة « هى معصية خاصة بحيازة الخمر والتعامل فيها » .

وقد حكي أن أبا حنيفة رحمه الله قال لمن أراد أن يحد من وجد معه ركوة الخمر : لم تحده ؟ قال : لأن معه آلة الشرب والفساد . قال رحمه الله فأرجمه إذن فإن معه آلة الزنا .

ثانياً : العـدول

إذا شرع الجانى فى جريمته فإن أتمها وجبت عليه عقوبتها وإن لم يتمها فقد يكون ذلك بسبب خارج عن إرادته أو بسبب إرادى .

فإذا كان العدول لسبب خارج عن إرادته فهو العدول الاضطرارى .

العدول الاضطرارى :

إن العدول الاضطرارى قد يرجع إلى أمور عارضة مادية وتكون مانعاً مادياً من إتمام الجريمة كما لو هم شخص بإعمال سلاحه فى آخر بقصد القتل ولكن شخصاً ثالثاً رآه فعطل حركته ومنعه من إتمام الجريمة أو قاومه المجنى عليه فغلبه ومنعه من إتمامها .

كما يرجع العدول الاضطراري إلى أمور عارضة أدبية تؤثر فى إرادة الفاعل وتضطره إلى ترك تنفيذمرغوبة كما لو صوب الجانى سلاحه نحو غريمه ولكنه قبل أن يطلقه سمع أو توهم أنه سمع وقع أقدام تقترب منه أو توهم أنه نظر شخصاً يقترب منه فتوقف ولم يطلق النار(١).

---

(١) انظر ص ٢٢٨ من شرح قانون العقوبات المصرى للدكتور السعيد مصطفى السعيد طبعة سنة ١٩٤٦ .

العدول الاختيارى :

ويرجع العدول الاختيارى لدافع من وجدان المجرم أو لخوفه من العقوبة أو لخشيته من الله تعالى .

وتعاقب أغلب القوانين الوضعية بعقوبة الشروع فى حالة العدول الاضطرارى ولا تعاقب فى حالة العدول الاختيارى .

فى الشريعة الإسلامية

العدول فى الشريعة الإسلامية عن ارتكاب الجريمة قد يكون اضطرارياً وقد يكون إختيارياً فالعدول الاضطرارى وإن لم يترتب عليه الحد يترتب عليه التعزير وإنما مجال البحث فى العدول الاختيارى .

والدافع الغالب للعدول الاختيارى هو الخشية من العقاب أو الخشية من الله تعالى ، ويكون ذلك بالرجوع إلى الله .

ويلزمنا الكلام عن التوبة لتفصيل ما تقدم .

التوبة

قال الله تعالى :

« يأيها الذين آمنوا توبوا إلى الله توبة نصوحا عسى ربكم أن يكفر عنكم سيئاتكم ويدخلكم جنات تجرى من تحتها الأنهار » .

وقال تعالى :

« إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم وكان الله عليما حكيما . وليست التوبة للذين يعملون السيئات حتى إذا حضر أحدهم الموت قال : إنى تبت الآن ولا الذين يموتون وهم كفار أولئك أعتدنا لهم عذاباً أليما » .

وهذه الآية عامة لكل من عمل ذنباً ، وقيل عن جهل فقط[١].

وقال تعالى :

« قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » .

قال القرطبي بصدد شرحه لهذه الآية :

مغفرة ما قد سلف لا تكون إلا لمنته عن الكفر . ولقد أحسن القائل أبو سعيد أحمد بن محمد الزبيرى :

يستوجب العفو الفتى إذا اعترف ... ثم انتهى عما أتاه واقترف
لقوله سبحانه فى المعترف ... «إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف »[٢]

روى مسلم عن أبى شماسة المهرى قال :

حضرنا عمرو بن العاص وهو فى سياقة الموت يبكى طويلا وحول وجهه إلى الجدار فجعل ابنه يقول ، يا أبتاه أما بشرك رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا — أما بشرك بكذا . (الحديث) .

وفيه : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله وأن الهجرة تهدم ما كان قبلها وأن الحج يهدم ما كان قبله . (الحديث) .

قال ابن العربى :

« هذه لطيفة من الله سبحانه وتعالى من بها على الخلق ، وذلك أن الكفار يقتحمون الكفر والجرائم ويرتكبون المعاصى والمآثم ، فلو كان ذلك يوجب

---

(١) الجهالة هنا معناها السفاهة والحمق فكل من أذنب جاهل أى أحمق وسفيه وسيىء التصرف ولو كان من أعلم العلماء .

(٢) إيراد القرطبى لهذه الأبيات فى هذا الموضع لا محل له لأن الآية بصدد الكافر الذى يسلم والإسلام يجب ما قبله .

مؤاخذة لهم لما استدركوا أبداً توبة ولا نالتهم مغفرة . فيسر الله تعالى عليهم قبول التوبة عند الإنابة ، وبذل المغفرة بالإسلام وهدم جميع ما تقدم ، ليكون ذلك أقرب لدخولهم فى الدين ، وأدعى إلى قبولهم لكلمة المسلمين ولو علموا أنهم يؤاخذون لما تابوا ولا أسلموا .

وفى الصحيحين : أن رجلا فيمن كان قبلكم قتل تسعة وتسعين نفساً ثم سأل هل له من توبة ؟ فجاء عابداً فسأله هل له من توبة ؟ فقال : لا توبة لك . فقتله ، فكمل به مائة . (الحديث) .

فانظروا إلى قول العابد لا توبة لك ، فلما علم أنه قد أيئسه ، قتله ، فعل الآيس من الرحمة . فالتنفير مفسدة للخليقة ، والتيسير مصلحة لهم . وروى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه كان إذا جاء إليه رجل لم يقتل فسأله : هل لقاتل من توبة ؟ فيقول : لا توبة ، تخويفاً وتحذيراً . فإذا جاءه من قتل فسأله : هل لقاتل من توبة ؟ قال له : لك توبة ، تيسيراً وتأليفاً[1] » .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : لا توبة مع إصرار .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فيما يحكى عن ربه عز وجل قال :

أذنب عبد ذنباً فقال : اللهم اغفر لى ذنبى . فقال تبارك وتعالى : أذنب عبدى ذنباً فعلم أن له رباً يغفر الذنب ويأخذ بالذنب . ثم عاد فأذنب فقال : أى رب اغفر لى ذنبى — فذكر مثله مرتين ، وفى آخره : اعمل ما شئت فقد غفرت لك . أخرجه مسلم .

وفيه دليل على صحة التوبة بعد نقضها بمعاودة الذنب ، لأن التوبة الأولى طاعة وقد انقضت وصحت ، وهو محتاج بعد مقارفة الذنب الثانى إلى توبة أخرى مستأنفة . والعود إلى الذنب وإن كان أقبح من ابتدائه ، لأنه

---

(١) انظر ص ٤٠٢ جزء ٧ القرطبى .

أضاف إلى الذنب نقض التوبة ، فالعود إلى التوبة أحسن من ابتدائها ، لأنه أضاف إليها ملازمة الإلحاح بباب الله وأنه لا غافر للذنوب سواه .

ويدل الحديث على عظم فائدة الاعتراف بالذنب والاستغفار منه ، قال صلى الله عليه وسلم : « إن العبد إذا اعترف بذنبه ثم تاب إلى الله تاب الله عليه » أخرجه الصحيحان وقال : يستوجب العبد العفو إذا اعترف بما جنى من الذنوب واقترف[1].

وقد اتفقت الأئمة على أن التوبة فرض على المؤمنين ، لقوله تعالى : « وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون » .

وتصح التوبة من ذنب مع الإقامة على غيره من غير نوعه وهو مذهب أهل السنة خلافاً للمعتزلة فى قولهم : لا يكون تائباً من أقام على ذنب ولا فرق بين معصية ومعصية .

فإذا تاب الرجل توبة نصوحاً تامة الشروط فقال البعض :

يغلب على الظن قبول توبته . وقال البعض : يقطع بقبول توبته كما أخبر عن نفسه عز وجل .

وشروط التوبة أربعة :

الندم بالقلب ، وترك المعصية فى الحال ، والعزم على ألا يعود إلى مثلها ، وأن يكون ذلك حياء من الله تعالى لا من غيره .

وقيل من شروطها : الاعتراف بالذنب وكثرة الاستغفار .

وتكون التوبة قبل المرض والموت

قدم لنفسك توبة مرجوة ... قبل الممات وقبل حبس الألسن
بادر بها غلق النفوس فإنها ... ذخر وغنم للمنيب المحسن

---

(1) انظر ص ٢١٣ جزء ٤ القرطبى ، وانظر « التوبة » ص ١٣٧ جزء ٥ التاج الجامع للأصول .

وقد روى الترمذى عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر[1] ورواه أيضاً أحمد والحاكم[2].

وعن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

لله أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب إليه من أحدكم كان على راحلته بأرض فلاة فانفلتت منه وعليها طعامه وشرابه فأيس منها فأتى شجرة فاضطجع فى ظلها قد أيس من راحلته فبينما هو كذلك إذا هو بها قائمة عنده فأخذ بخطامها ثم قال من شدة الفرح : اللهم أنت عبدى وأنا ربك ، اخطأ من شدة الفرح (رواه الشيخان والترمذى) .

وقد ذكر مسلم من حديث البراء بن عازب رواية أخرى لهذا الحديث وأوله ، كيف تقولون بفرح رجل انفلتت منه راحلته تجر زمامها بأرض قفر ليس بها طعام ولا شراب وعليها له طعام وشراب فطلبها حتى شق عليه ثم مرت بجذل شجرة فتعلق زمامها فوجدها متعلقة به ؟ قلنا : شديداً يا رسول الله ، فقال نحو هذا الحديث .

والمراد بفرح الله تعالى رضاه عن عبده .

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يأيها الناس توبوا إلى ربكم فوالله إنى لأتوب إلى الله عز وجل فى اليوم مائة مرة (رواه مسلم والترمذى) .

وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل بنى آدم خطاء وخير الخطائين التوابون . رواه الترمذى وأحمد والحاكم بسند صحيح .

وقال صلى الله عليه وسلم : من شرب الخمر فى الدنيا ثم لم يتب منها حرمها فى الآخرة وهو بيان أن التوبة منها معرضة لشاربها ممكنة له مقبولة

---

(١) ما لم يغرغر : ما لم تبلغ روحه حلقومه .

(٢) انظر ص ٩٢ أحكام القرآن للقرطبى جزء ٥ .

منه لمن وفقه الله لها وأنعم عليه بها فإنه ربما خيف على المكلف المدمن على معاصيه أن يمنع من التوبة ويحرمها ويحال بينه وبينها[1].

قال الباجى : قوله صلى الله عليه وسلم حرمها فى الآخرة يريد والله أعلم أنه وإن دخل الجنة بعد العقوبة له أو العفو عنه فإنه يحرم خمر الجنة .

كما ورد فى بعض كتب الفقه أن من شرب الخمر ثم تاب لم تسقط عنه توبته الحد وروى عن الشافعى أن توبته تسقط عنه الحد[2].

ونوضح بالتفصيل الأمور الآتية :

١ — التوبة قبل البدء فى تنفيذ الجريمة .

٢ — التوبة بعد ارتكاب الجريمة وقبل إبلاغها إلى السلطات .

٣ — التوبة بعد ارتكاب الجريمة وبعد إبلاغها إلى السلطات .

٤ — التوبة بعد توقيع العقوبة .

أولا : التوبة قبل البدء فى تنفيذ الجريمة

فى هذه الحالة لم تظهر نية الجانى واضحة ولا يعد فعله شروعاً معاقباً عليه سواء كان عدوله لخشية من الله تعالى ، أو ليقظة ضميره ، فتوبته بينه وبين ربه ولا عقوبة دنيوية عليه .

ولكن هل عليه عقوبة فى الآخرة ؟ ؟

---

(١) انظر ص ١٥٢ المنتقى شرح الموطأ جزء ٣ .

(٢) انظر ص ١٤٦ المنتقى شرح الموطأ جزء ٣ وورد فى العزيزى على الجامع الصغير عند تعليقه على هذا الحديث : قال المناوى أى حرم دخول الجنة إن لم يعف عنه إذ ليس ثم إلا جنة ونار والخمر من شراب الجنة فإذا لم يشربها لم يدخلها . وقال العلقمى : قال القرطبى : يحتمل أنه لا يشتهى ذلك فى الجنة كما لا يشتهى منزلة من هو أرفع منه ، قال الحفنى فى تقريره على العزيزى قوله حرمها أى لعدم دخول الجنة أو يدخلها ولكن يحرم التلذذ بها . ص ٣٦٦ جزء ثالث .

لا جدال فى أن تفكيره فى الجريمة معصية قد ارتكبها ولكن توبته إلى الله قد جبت هذه المعصية .

وفى الحديث المتفق عليه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يروى عن ربه تبارك وتعالى : « إن الله كتب الحسنات والسيئات ثم بين ذلك فمن هم بحسنة فلم يعملها كتبها الله تبارك وتعالى عنده حسنة كاملة وإن هم بها فعملها كتبها الله عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة وإن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة[1] وإن هم بها فعملها كتبها الله سيئة واحدة » .

ثانياً : التوبة بعد ارتكاب الجريمة وقبل إبلاغها إلى السلطات

فى هذا المجال يجب أن نفرق بين الجريمة التى تمس حق العبد والجريمة التى تمس حقاً من حقوق الله ، وما يجتمع فيه الحقان وقد يكون حق الله غالباً ، أو قد يكون حق العبد غالباً .

فالحدود عقوبات خالصة محددة بمعرفة الشارع سلفاً وهى من حقوق الله على الخلوص لأنها وجبت لمصلحة العامة وهى دفع فساد يرجع إليهم ويكون فى تطبيقها نفع لهم . وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة جزائها تعود إلى العامة كان الجزاء الواجب بها خالص حق الله تعالى ، تأكيداً للنفع العام كيلا يسقط بإسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تعـالى .

---

(١) إذا عدل عنها لله تعالى ؛ أما إذا حيل بينه وبينها بحائل قهرى كتبت عليه سيئة ، كما تقدم آنفاً ، كما فى رواية أبى هريرة « وإن تركها من أجلى فأكتبوها له حسنة » .

وقال الخطابى : محل كتابة الحسنة على الترك أن يكون التارك قد قدر على الفعل ثم تركه ، لأن الإنسان لا يسمى تاركاً إلا مع القدرة ، فمن حال بينه وبين حرصه على الفعل مانع فإنه لا يثاب . انظر كتاب النية فى الشريعة الإسلامية .

فإذا كانت الجريمة تمس حقاً من حقوق العبد وتاب الجانى وتنازل المجنى عليه عن حقه انتهى الأمر ولا يقام العقاب على المتهم .

أما إذا كانت الجريمة تمس حقاً من حقوق الله فقد اختلف الفقهاء .

١ ـــ قال البعض يسقط عنه الحد لقوله تعالى :

« واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما » وذكر حد السارق ثم قال : « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه .

وقوله صلى الله عليه وسلم لهزال : يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك . وهزال هذا هوهزال بن ذباب بن زيد بن كليب الأسلمى .

ويريد بقوله لو سترته بردائك لكان خيراً لك من التبليغ عنه وإخبار النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر به فكان ستره بأن يأمره بالتوبة وكتمان خطيئته وإنما ذكر فيه الرداء على وجه المبالغة بمعنى أنه لو لم تجد السبيل إلى ستره إلا بأن تستره بردائك ممن يشهد عليه ، لكان أفضل مما أتيته وتسبب فى إقامة الحد عليه(١).

٢ ـــ وقال البعض : لا يسقط عنه الحـــد ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعى لقوله تعالى :

« الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » .

وهذا عام فى التائبين وغيرهم .

---

(١) انظر ص ١٣٥ المنتقى شرح الموطأ جزء ٧ .

وقال تعالى :

« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما »[1].

وعند الحنفية أنه فى السرقة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الكبرى والصغرى لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها برد المال إلى صاحبه فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة على السارق بخلاف سائر الحدود فإن الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من إقامة الحدود . وفى حد القذف إن كانت شرطاً لكنها لا تبطل بالتوبة لأن بطلانها برد المال إلى صاحبه ولم يوجد .

وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه أن عامله بالبصرة كتب إليه أن حارثة بن زيد حارب الله ورسوله وسعى فى الأرض فساداً فكتب إليه سيدنا على رضى الله عنه أن حارثة قد تاب قبل أن تقدر عليه فلا تتعرض له إلا بخير[2].

وعند أبى يوسف أن السارق يقطع اعتباراً بما إذا رد المسروق بعد المرافعة بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء[3].

ورد فى المبسوط :

« وإذا ردت السرقة إلى صاحبها قبل أن يرفع السارق إلى الإمام ثم رفع إليه لم يقطع لأن توبته قد تحققت برد المال . وقد نص الله تعالى فى السرقة الكبرى على سقوط الحدبالتوبة قبل قدرة الإمام عليه ففى الصغرى أولى .

---

(١) انظر ص ٣١٦ جزء ١٠ المغنى .

(٢) انظر ص ٩٦ جزء ٧ بدائع الصنائع ، وانظر ص ٧٠ الجامع الصغير لمحمد بن الحسن منشور على هامش الخراج « رجل سرق سرقة فردها قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع » .

(٣) انظر ص ٢٥٥ جزء ٤ فتح القدير .

ولأن الإمام لا يتمكن من إقامة الحد عليه إلا بعد ظهور السرقة عنده ولا تظهر إذا رد المال قبل أن يرفع إليه لأن السرقة لا تظهر عنده إلا بالخصومة فى المال ولا خصومة بعد استرداد المال ولأنا قد بينا أن الخصومة شرط وانعدام الشرط قبل القضاء يمنع القاضى من القضاء بالقطع »(١).

ومع ذلك فقد روى الباجى فى المنتقى عن مالك عن يحي عن سعيد ابن المسيب أن رجلا من أسلم جاء إلى أبى بكر الصديق فقال له : إن الأخر زنى فقال له أبو بكر : هل ذكرت هذا لأحد غيرى ؟ فقال : لا . فقال له أبو بكر : فتب إلى الله واستتر بستر الله فإن الله يقبل التوبة عن عباده فلم تقرره نفسه حتى أتى عمر بن الخطاب فقال له مثل ما قال لأبى بكر فقال له عمر مثل ما قال له أبو بكر فلم تقرره نفسه حتى جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له : أن الأخر زنى . فقال سعيد : فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات . كل ذلك يعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا أكثر عليه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهله فقال : أيشتكى أم به جنة ؟ فقالوا : يا رسول الله ، والله إنه لصحيح. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أبكر أم ثيب فقالوا : بل ثيب يا رسول الله فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجم .

وقول أبى بكر : هل ذكرت هذا لأحد غيرى احتراز من أن يكون قد أخبر بذلك من يقيم عليه الشهادة ممن لا يرى التستر عليه ولعله يفعل ذلك من يعتقد أن اظهار هذا عليه قربة . وكان أبو بكر اعتقد أن تستره أفضل ما لم يبلغ إلى الإمام ويجب الحد . ورأى عمر فى ذلك رأى أبى بكر وقال كقوله(٢).

وفى رواية : عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا اعترف على نفسه

---

(١) انظر ص ١٧٦ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٣٤ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ .

بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فأتى بسوط مكسور فقال : فوق هذا فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته . فقال : دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال : أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله . من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله فإن من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله(١).

ثالثاً : التوبة بعد إبلاغ الجريمة إلى السلطات

اتفقت كلمة الفقهاء على أن قاطع الطريق تقبل توبته ويسقط عنه العقاب إذا تاب قبل القدرة عليه لقوله تعالى :

« إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

أى رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا مثله فى المستقبل وأن فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة قال البعض :

إنها تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة إلا فى القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمى ، ولأن فى إسقاطها ترغيباً فى التوبة ؛

وقال البعض : يحتمل أن لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكانت فى حقه كما هى فى حق غيره(٢) .

أما غير المحاربة من الجرائم فينظر فيه فإن كان حقاً للآدمى وهو حد القذف لم يسقط بالتوبة لأنه حق آدمى فلا يسقط بالتوبة كالقصاص .

---

(١) انظر ص ١٤٢ نفس المرجع .

(٢) انظر ص ٣١٥ جزء ١٠ المغنى : « وإن أتى المحارب حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذى تاب منه دون غيره » .

وإن كان لله عز وجل وهو حد الزنا والسرقة وشرب الخمر[1].

فقد اختلف الفقهاء إلى فرقتين .

فرقة تقرر أن التوبة تسقط العقوبة .

١ — لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى ماعز لما أخبر بهربه : « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » .

٢ — روي أن ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم: ردونى إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام . فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه . وهو سند قول الشافعى الأول[2].

٣ — قوله صلى الله عليه وسلم :

« التوبة تجب ما قبلها » أى تقطع حكم المؤاخذة بالذنب فى الدنيا أى وهم فى الآخرة تحت المشيئة .

٤ — قال الشعرانى :

سمعت شيخنا شيخ الإسلام زكريا رحمه الله يقول : لم يرد لنا أن أحداً يؤاخذ بذنبه فى الدنيا والآخرة معاً إلا المحاربين لقوله تعالى فيهم : « ذلك لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم »[3].

---

(١) انظر ص ٢٨٥ جزء ٢ المهذب .

(٢) انظر ص ٢٦٧ بداية المجتهد جزء ٢ ، وانظر ص ١٦٩ جزء ٢ الميزان للشعرانى : قول أبى حنيفة ومالك والشافعى فى أحد قوليه أن توبة العصاة ما عدا المحاربين من شربة الخمر والزناة والسراق لا تسقط الحد عنهم مع قول أحمد فى أظهر روايتيه والشافعى فى الرواية الأخرى إنها تسقط الحد عنهم من غير اشتراط بمضى زمان وفى الرواية الأخرى لأحمد لا بد من مضى سنة بعد التوبة .

(٣) انظر ص ١٧٠ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

٥ ــ قال عطاء وجماعه يسقط حد السرقة بالتوبة قبل القدرة على السارق وقاله بعض الشافعية وعزاه للشافعى لقوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وذلك استثناء من الوجوب فيجب أن تحمل جميع الحدود عليه[1].

وفرقة تقرر أن التوبة لا تسقط العقوبة .

وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولين للشافعى لقوله تعالى .

١ ــ « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » وهذا عام فى التائبين وغيرهم .

٢ ــ وقال تعالى : والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .

٣ ــ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة ، وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير بإقامة الحد . وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال فى حق المرأة :

« لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

وجاء عمرو بن سمرة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال :

يا رسول الله إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى : وقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد عليه .

٤ ــ ولأن الحد كفارة لم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل ولأنه مقدور عليه فلم يسقط عنه الحد بالتوبة كالمحارب بعد المقدرة عليه[2].

وقد قال الجصاص فى سبب أن التوبة لا تسقط الحدود المعترف بها :

---

(١) انظر ص ١٧٤ جزء ٦ القرطبى .

(٢) انظر ص ٣١٦ جزء ١٠ المغنى ، وانظر ص ١٦٨ المنتقى شرح الموطأ جزء ٧ : قال مالك فى الموازية : من أقر على نفسه بالسرقة على وجه التوبة وهو حر أو عبد فإنه يقطع ، قاله مالك فى الموازية ، وهذا مبنى على أن التوبة لا تسقط الحدود .

« إن عقوبات الدنيا ليست موضوعة على مقادير الإجرام وإنما هى ما يعلم الله من المصالح فيها وعلى هذا أجرى الله تعالى أحكامه فأوجب رجم الزانى المحصن ولم يزل عنه الرجم بالتوبة ، ألا ترى إلى قوله عليه السلام فى ماعز بعد رجمه ، وفى الغامدية بعد رجمها : لقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له والكفر أعظم من الزنا ولو كفر رجل ثم تاب قبلت توبته . وقال تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » وحكم فى القاذف بالزنا بجلده ثمانين ولم يوجب على القاذف بالكفر الحد وهو أعظم من الزنا وأوجب الحد على شارب الخمر ولم يوجب على شارب الدم وآكل الميتة . فثبت بذلك أن عقوبات الدنيا غير موضوعة على مقادير الإجرام ولأنه لما كان جائزاً فى العقل أن لا يوجب فى الزنا والقذف والسرقة حداً رأساً ويكل أمرهم إلى عقوبات الآخرة جاز أن يخالف بينها فيوجب فى بعضها أغلظ مما يوجب فى بعض ولذلك قال أصحابنا : لا يجوز إثبات الحدود من طريق المقاييس وإنما طريق إثباتها التوقيف أو الاتفاق[1] » .

٥ — عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبيه أن امرأة وقع عليها رجل فى سواد الصبح وهى تعمد إلى المسجد عن كره نفسها فاستغاثت برجل مر عليها وفر صاحبها ، ثم مر عليها قوم ذوو عدد فاستغاثت بهم فأدركوا الذى استغاثت به وسبقهم الآخر فأتوا به النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته أنه وقع عليها وأخبره القوم أنهم أدركوه يشتد فقال إنما كنت أغثتها على صاحبها فأدركنى هؤلاء فأخذونى : قالت : كذب هو الذى وقع على ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه . فقام رجل من النـــاس فقال : لا ترجموه وارجمونى أنا الذى فعلت بها الفعل . فاعترف . فاجتمع ثلاثة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذى وقع عليها ، والذى أغاثها ، والمرأة ، فقال : أما أنت فقد غفر الله لك . وقال للذى أغاثها قولا حسناً ،

---

(١) انظر ص ٢٩ جزء أول الجصاص .

فقال له عمر ارجم الذى اعترف بالزنا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، إنه قد تاب إلى الله تعالى . زاد ابن عمر فى روايته لو « تابها أهل مدينة يثرب لقبل منهم » .

وقد قال فى ذلك ابن قيم الجوزية :

وأما سقوط الحد عن المعترف فإذا لم يتسع له نطاق أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب رضى الله عنه فأحرى أن لا يتسع له نطاق كثير من الفقهاء ، ولكن اتسع له نطاق الرءوف الرحيم فقال : إنه قد تاب إلى الله ، وأبى أن يحده ، ولا ريب أن الحسنة التى جاء بها من اعترافه طوعاً واختياراً خشية من الله وحده وانقاذاً لرجل مسلم من الهلاك ، وتقديم حياة أخيه على حياته واستسلامه للقتل أكبر من السيئة التى فعلها ، فقام هذا الدواء لذلك الداء ، وكانت القوة صالحة ، فزال المرض ، وعاد القلب إلى حال الصحة ، فقيل : لا حاجة لنا بحدك ، وإنما جعلناه طهرة ودواء ، فإذا تطهرت بغيره فعفونا يسعك ، فأى حكم أحسن من هذا الحكم وأشد مطابقة للرحمة والحكمة والمصلحة ؟(1).

٦ — عن واثلة بن الأسقع قال : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم أتاه رجل فقال : يا رسول الله ، إنى أصبت حداً من حدود الله تعالى فاعرض عنه ثم أتاه الثانية فأعرض عنه ثم قالها الثالثة فأعرض عنه ثم أقيمت الصلاة فلما قضى الصلاة أتى الرابعة فقال أصبت حداً من حدود الله فأقم فى حد الله قال : ألم تحسن الطهور أو الوضوء ؟ ثم شهدت الصلاة معنا آنفاً ؟ اذهب فهى كفارتك .

وفى رواية عن ابن أبى طلحة عن أنس « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى زنيت فأقم على الحد : ثم أقيمت الصلاة فصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : قد

(١) انظر ص ٢١ جزء ٣ أعلام الموقعين .

كفر عنك بصلاتك[1] » .

ومن تراجم النسائي على هذا الحديث : « من اعترف بحد ولم يسمه » . وللناس فيه ثلاث مسالك ، هذا أحدها ، والثاني أنه خاص بذلك الرجل ، والثالث سقوط الحد بالتوبةقبل القدرة عليه ، وهذا أصح المسالك[2].

٧ — روى أبو داود والنسائي عن عبدالله بن عمر بن الخطاب أن امرأة مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بها فقطعت يدها . قال أبو داود : رواه جويرية عن نافع عن ابن عمر ، أو عن صفية بنت أبي عبيد . وزاد فيه « وأن النبي صلى الله عليه وسلم قام خطيباً ، فقال : هل من امرأة تائبة إلى الله ورسوله ، ثلاث مرات وتلك مشاهدة ، فلم تقم ولم تكلم » وفي رواية أن امرأة كانت تستعير الحلي في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستعارت من ذلك حلياً ، فجمعته وأمسكته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لتتب هذه المرأة وتؤدي ما عندها — مراراً — فلم تفعل ، فأمر بها فقطعت[3] .

٨ — وقال ابن العربي رداً على عطاء والشافعية :

« يا معشر الشافعية سبحان الله أين الدقائق الفقهية والحكم الشرعية التي تستنبطونها في غوامض المسائل ؟ ألم تروا إلى المحارب المستبد بنفسه ، المعتدي بسلاحه ، الذي يفتقر الإمام معه إلى الإيجاف بالخيل والركاب كيف أسقط جزاءه بالتوبة استنزالا عن تلك الحالة ، كما فعل بالكافر في مغفرة جميع ما سلف استئلافاً على الإسلام ، فأما السارق والزاني وهما في قبضة المسلمين وتحت حكم الإمام فما الذي يسقط عنهم حكم ما وجب عليهم ؟ أو كيف يجوز أن يقال يقاس على المحارب وقد فرقت بينهما الحكمة الحالة . ..

(١) انظر هذه الروايات في المحلى ص ١٢٧ جزء ١١ .

(٢) انظر ص ٢٢ جزء ٣ أعلام الموقعين .

(٣) انظر ص ٣١٤ جزء ٤ جامع الأصول لابن الأثير .

وإذا ثبت أن الحد لايسقط بالتوبة فالتوبة مقبولة والقطع كفارة له »[1].

وهناك رأى وسط بين الرأيين السابق ذكرهما وجدناه للقرطبي قال :

« فأما الشراب والزناة والسراق إذا تابوا وأصلحوا وعرف ذلك عنهم ، ثم رفعوا إلى الإمام فلا ينبغى أن يحدوا ، وإن رفعوا إليه فقالوا تبنا لم يتركوا ، وهم فى هذه الحالة كالمحاربين إذا غلبوا »[2].

التوبة فى التعزير

يجب أن نعلم أن التعزير يسقط بالتوبة ورد فى الفروق للقرافى :

« من الفروق بين الحد والتعزير أن التعزير يسقط بالتوبة ما علمت فى ذلك خلافاً والحدود لا تسقط بالتوبة على الصحيح إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم »[3].

قال القرافى :

مفسدة الكفر أعظم المفاسد والحرابة أعظم مفسدة من الزنا وهاتان المفسدتان العظيمتان تسقطان بالتوبة والمؤثر فى سقوط الأعلى أولى أن يؤثر فى سقوط الأدنى وهو سؤال قوى يقوى قول من يقول بسقوط الحدود بالتوبة قياساً على هذا المجمع عليه بطريق الأولى .

والجواب على ذلك من وجوه :

أحدها : أن سقوط القتل فى الكفر يرغب فى الإسلام ، فإن قلت إنه يبعث على الردة قلت الردة قليلة فاعتبر جنس الكفر وغالبه .

---

(١) انظر ص ٧ جزء ٦ القرطبى ، وانظر تفصيل الرأى فى ص ١٣٠ جزء ١١ المحلى لابن حزم .

والإيجاف الإسراع .

(٢) انظر ص ١٥٨ جزء ٦ القرطبى . وقوله « وإن رفعوا إليه » : أى قبل أن يعرف صلاحهم .

(٣) انظر ص ١٨١ جزء ٤ الفروق للقرافى .

ثانيها : أن الكفر يقع للشبهات فيكون فيه عذر عادى ولا يؤثر أحد أن يكفر لهواه ولا يزنى أحد إلا لهواه فناسب التغليظ .

وثالثها : أن الكفر لا يتكرر غالباً وجنايات الحدود تكرر غالباً فلو أسقطناها بالتوبة ذهبت مع تكررها مجاناً وتجرأ عليها الناس فى اتباع أهويتهم أكثر . وأما الحرابة فلأننا لا نسقطها إلا إذا لم نتحقق المفسدة بالقتل أو أخذ المال . أما متى قَتَل قُتِل إلا أن يعفو الأولياء عن اللسم . وإذا أخذ المال وجب الغرم وسقط الحد لأنه حد فيه تخيير بخلاف غيره فإنه محتوم والمحتوم آكد من المخير فيه(١).

وقال تعالى :

« والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم » . . الخ (سورة آل عمران) .

قال ابن عباس فى رواية عطاء : نزلت هذه الآية فى نبهان التمار — وكنيته أبو مقبل — أتته امرأة حسناء باع منها تمراً ، فضمها إلى نفسه وقبلها فندم على ذلك ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فنزلت هذه الآية .

وذكر أبو داود الطيالسى فى مسنده عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : حدثنى أبو بكر — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما من عبد يذنب ذنباً ثم يتوضأ ويصلى ركعتين ثم يستغفر الله إلا غفر له — ثم تلا هذه الآية والذين إذا فعلوا فاحشة . . والآية الأخرى « ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه » وخرجه الترمذى وقال : حديث حسن .

وقيل إن سبب نزولها أن ثقفياً خرج فى غزاة وخلف صاحباً له أنصارياً على أهله ، فخانه فيها بأن اقتحم عليها فدفعت عن نفسها فقبل يدها ، فندم على ذلك فخرج يسيح فى الأرض تائباً ، فجاء الثقفى فأخبرته زوجته بفعل

---

(١) انظر ص ١٨٢ جزء ٤ الفروق للقرافى .

صاحبه فخرج فى طلبه فأتى به إلى أبى بكر وعمر رجاء أن يجد عندهما فرجاً فوبخاه فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره بفعله ، فنزلت هذه الآية ٥ والفاحشة تطلق على كل معصية وقد كثر اختصاصها بالزنا حتى فسر جابر بن عبدالله والسدى هذه الآية بالزنا(١).

وذكر البخارى فى صحيحه تحت باب من أصاب ذنباً دون الحد فأخبر الإمام فلا عقوبة عليه بعد التوبة إذا جاء مستفتياً المسائل الآتية :

١ — لم يعاقب النبى صلى الله عليه وسلم الذى أخبر أنه وقع فى معصية ، بل آمهله حتى صلى معه ثم أخبر بأن صلاته كفرت ذنوبه وقال الكرمانى لم يعاقبه أى من أصاب ذنباً لا حد عليه وتاب .

٢ — وقال ابن جريج : ولم يعاقب الذى جامع فى رمضان .

٣ — ولم يعاقب عمر صاحب الظبى وهو قبيصة بن جابر وكان محرماً واصطاد ظبياً وأمره عمر بالجزاء ولم يعاقبه عليه(٢).

التوبة التى يسقط بها الحد

كيفية التوبة :

التوبة على ضربين .

توبة باطنة وهى ما بين الشخص وربه فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه فى الحكم كقبلة أجنبية أو الخلوة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على ألا يعود . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : الندم توبة .

---

(١) انظر ص ٢١٠ جزء ٤ أحكام القرآن للقرطبى . وأو فى قوله « أو ظلموا أنفسهم » قيل هى بمعنى الواو .

(٢) انظر ص ٢٩٧ جزء ٢٣ عمدة القارى شرح صحيح البخارى للعينى .

وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء :
« الندم بالقلب » و « الاستغفار باللسان » و « إضمار على أن لا يعود »
و « مجانبة خلطاء السوء » .

وإن كانت المعصية توجب عليه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمى كمنع الزكاة والغصب فالتوبة من ذلك بما ذكر وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدى الزكاة ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته وإن عجز عن ذلك نوى متى قدر عليه ، فإن كان عليه فيها حق فى البدن .

فإن كان حقاً لآدمى كالقصاص وحد القذف اشترط فى التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق وإن كان حقاً لله كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الإعلام به فإن كان ذلك لم يشتهر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى » فإنه من أبدى صفحته للقاضى يقيم عليه الحد أسوة بالغامدية حين أقرت بالزنا فأقام النبى صلى الله عليه وسلم عليها الحد .

الثانى : أما إن كانت المعصية معروفة للناس فالأولى الإقرار بها ليقام عليه الحد لأنه إذا كان مشهوراً بين الناس ما فعله من إثم وجرم فلا فائدة فى ترك إقامة الحد عليه . وهو قول الشافعية .

ويرى آخرون منهم الحنابلة أنه فى هذه الحالة أيضاً يترك الإقرار لأن النبى صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار فقد عرض لماعز بذلك وعرض للمقر عنده بالسرقة بالرجوع عنه وكره الإقرار حتى أنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف لذلك أسفاً ظهر على وجهه . كما قال لهزال وكان هو الذى أمر ماعزاً بالإقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك » .

وأما البدعة فالتوبة منها بالإعتراف نادماً والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد فيها .

هل يشترط مع التوبة إصلاح الحال ؟

١ ـ رأى بأن الحد يسقط بمجرد التوبة وهو ظاهر قول الحنابلة لأنها توبة مسقطة للحد فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه .

٢ ـ رأى يقول بضرورة إصلاح العمل لقوله تعالى :

« فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه » .

فعلى هذا القول يعتبر مضى مدة يعلم بها صدق توبته وصلاح نيته وليست هذه المدة مقدرة بمدة معلومة .

وقال البعض من أصحاب الشافعى : مدة ذلك سنة . ولكن هذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز(١).

توبة قاطع الطريق

تكون توبته برد المال إلى صاحبه إن كان أخذ المال لا غير مع العزم على ان لا يفعل مثله فى المستقبل ويسقط عنه القطع أصلا ويسقط عنه القتل حداً لا قصاصاً .

وإن لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله فى المستقبل . وهو أن يأتى الإمام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لأن الحبس عقوبة وقد تاب فلا معنى له(٢).

قال ابن الماجشون :

الذى يستحبه مالك فى توبة المحارب ما رواه ابن وهب وابن عبد الحكم أن يأتى للسلطان .

وإن أظهر توبته عند جيرانه وأخلد إلى المساجد حتى يعرف ذلك منه فجائز أيضاً . قال أصبغ : وكذلك إن قعد فى بيت وعرف ذلك منه .

---

(١) انظر المغنى جزء ١٠ ص ٣١٦ ، وانظر ص ٢٨٦ جزء ٢ المهذب .

(٢) انظر ص ٩٦ جزء ٧ البدائع .

وقال عبد الملك : إن لم تكن توبته إلا إتيانه السلطان وقوله جئتك تائباً لم ينفعه ذلك حتى يظهر توبته قبل مجيئه ، لقول الله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

ووجه قول مالك أن إتيانه السلطان على وجه التوبة والاستسلام والإنقياد للحق هو نفس التوبة لأن المراد من قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » إظهار التوبة واعتقادها بالقلب فلا طريق لنا إلى معرفتها وإذا أتى المحارب السلطان على هذا الوجه فقد أظهر التوبة قبل أن يقدر عليه(1)

وورد فى الميزان للشعرانى :

قال مالك والشافعى إن من تاب من المحـــاربة ولم يظهر عليه صلاح العمل لا تقبل شهادته حتى يظهر عليه صلاح العمل .

وقال أحمد تقبل شهادته وإن لم يظهر منه صلاح العمل فالأول فيه تشديد والثانى مخفف .

ووجه الأول الأخذ بالاحتياط لأموال الناس وأبضاعهم فإن من لم يظهر عليه صلاح العمل بعد التوبة فكأنه لم يتب فلا يخرجه عن التهمة فى شهادته إلا إصلاح العمل والمشى على طريق كل المؤمنين . قال تعالى : « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح » . وقال تعالى « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » . ونحوهما من الآيات .

ووجه الثانى : العمل بظاهر الأحاديث وكقوله صلى الله عليه وسلم « وأتبع السيئة الحسنة تمحها » فشرط فى محوها اتباع الحسنة لها(2).

---

(1) انظر ص ١٧٤ المنتقى شرح الموطأ جزء ٧ .

(2) انظر ص ١٧٠ الميزان للشعرانى جزء ٢ .

هذا الحديث الأخير لا ينهض دليلا لرأى القائلين بقول أحمد بأنه تقبل شهادته وإن لم يظهر منه صلاح العمل ، بل هو دليل للرأى الأول القائل باشتراط صلاح العمل فإن قوله واتبع السيئة الحسنة تمحها دعوة إلى الحسنة بعد السيئة ، ومخالقة الناس بخلق حسن ، ومن الظاهر أن الحسنة ومعاملة الناس بالخلق الحسن هما العمل الصالح .

وإذا فر اللص فقد روى أصبغ عن ابن القاسم إن كان قتل أحداً فليتبع وإن لم يكن قتل أحداً فما أحب أن يتبع ولا يقتل . وقال سحنون يتبعون ولو بلغوا برك الغماد[1]. وروى عنه أنه يتبع منهزمهم ويقتلون مقبلين ومدبرين ومنهزمين وليس هروبهم توبة .

وتوبة المحارب قبل أن يقدر عليه تسقط عنه ما كان لله عز وجل من حد الحرابة ويتبع بحقوق الآدميين بحسب ما لو فعلها بغير حرابة فإن قتل فى حرابته قتل به قتل قصاص ، وإذا سقط عنه القتل لعدم مكافأة أو لعفو ضرب مائة سوط ويسجن سنة حكاه ابن المواز وقد روى فى العتبية عبد الملك ابن الحسن عن أشهب : إذا تاب المحارب وقد كان زنى أو سرق فى حرابته لم يوضع ذلك عنه لأنه سقط عنه حد الحرابة خاصة دون سائر الحدود .

وللشافعى قول ؛ إنه يسقط كل حد بالتوبة . والصحيح من مذهبه أن ما تعلق به حق الآدمى قصاصاً كان أو غيره فإنه لا يسقط بالتوبة قبل القدرة عليه[2].

رابعاً : التوبة بعد توقيع العقوبة

هل طهرة الجانى من الذنب تتم بمجرد توقيع العقوبة عليه أم يلزم توبته بعد توقيع العقوبة عليه ؟

الجواب عن هذا السؤال يقتضينا البحث فيما إذا كانت العقوبات زواجر أم جوابر أى هل العقوبات زاجرة فقط للجانى لردعه عما فعل

---

(١) المراد من برك الغماد أقصى العمران .

(٢) انظر ص ١٥٨ جزء ٦ أحكام القرآن للقرطبى ، وانظر رأى لعروة بن الزبير فى توبة المحارب ص ١٣٩ من كتاب السياسة الجنائية فى الشريعة الإسلامية للمؤلف .

ولمنع غيره عن ارتكاب الإثم أم أن تنفيذها فى الدنيا على الجانى يقيه عذاب الآخـــرة ؟

وقد سبق لنا أن تعرضنا لهذا الموضوع فى بحث سابق لنا ونوجزه فى الرأيين التاليين[1] :

قال البعض : إن العقوبات زواجر فلا بد من توبة الجانى بعد توقيع العقوبة ويستدلون بالأدلة الآتية :

١ ــ روى أبو داود والنسائى عن أبى أمية المخزومى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما إخالك سرقت ، فقال : بلى . فأعاد عليه مرتين ، أو ثلاثاً . كل ذلك يعترف ، فأمر به فقطع وجىء به ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : استغفر الله وتب إليه . فقال الرجل : أستغفر الله وأتوب إليه . فقال رسول الله : اللهم تب عليه ثلاثاً .

٢ ــ ورد فى معراج الدراية : الطهرة من الذنب لا تحصل بإقامـــة الحد ، بل بالتوبة ويقام الحد على كره منه[2].

٣ ــ سئل ابن عباس عمن قتل مؤمناً متعمداً ثم تاب واهتدى فقال : وأنى له بالتوبة ؟ سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول : يجىء المقتول متعلقاً بالقاتل تشخب أوداجه دماً فيقول : أى رب سل هذا فيم قتلنى ؟ ثم قال : والله قد نزلت وما نسخها شىء . وقال سعيد بن جبير : قلت لابن عباس : هل لمن قتل مؤمناً متعمداً توبة ؟ قال : لا . فقرأت عليه آية الفرقان إلى ــ إلا من تاب ــ قال : هذه مكية نسختها آية مدنية . « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » . رواه النسائى والشيخان فى التفسير .

---

(١) انظر ص ١٠ من الطبعة الثانية من كتابنا العقوبة فى الفقه الإسلامى .

(٢) انظر ص ١٦٣ جزء ٣ الزيلعى .

وقال البعض : إن له توبة كغيره من العصاة ، ولقوله تعالى : « إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء » . ولحديث الإسرائيلى الذى قتل تسعة وتسعين نفساً(١)، وقياساً على توبة الكافر الذى فعل كل شيء . قال الله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » .

قال الجصاص فى ذلك :

يتضمن ما ورد فى هذه الآية الدعاء إلى الإيمان ويحتج بذلك أيضاً فى استتابة الزنديق لاقتضاء عموم اللفظ له وكذلك قوله : « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا » ، لم يفرق فيه بين الزنديق وغيره فظاهره يقتضى قبول إسلامه فإن قيل ، قوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » . لا دلالة فيه على زوال القتل عنه لأنا نقول هو مغفور له ذنوبه ويجب مع ذلك قتله كما يقتل الزانى المحصن وإن كان تائباً ويقتل قاتل النفس مع التوبة . قيل له قولهتعالى : إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف . يقتضى غفران ذنوبه . وقبول توبته لأن توبته او لم تكن مقبولة لما كانت ذنوبه مغفورةوفى ذلك دليل على صحة استتابته وقبولها منه فى أحكام الدنيا والآخرة . وأيضاً فإن قتل الكافر إنما هو مستحق بإقامته على الكفر فإذا انتقل عنه إلى الإيمان فقد زال المعنى الذى من أجله وجب قتله

---

(١) روى البخارى ومسلم عن أبى سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان فيمن قبلكم رجل قتل تسعة وتسعين نفساً فسأل عن أعلم أهل الأرض ، فدل على راهب فأتاه فقال إنه قتل تسعة وتسعين نفساً فهل له من توبة ؟ فقال لا ، فقتله فكمل به مائة ثم سأل عن أعلم أهل الأرض فدل على رجل عالم ، فقال إنه قتل مائة نفس فهل له من توبة ؟ فقال نعم ، ومن يحول بينه وبين التوبة ؟ انطلق إلى أرض كذا وكذا ، فإن بها أناساً يعبدون الله فاعبد الله معهم ولا ترجع إلى أرضك فإنها أرض سوء ، فانطلق حتى إذا نصف الطريق أتاه ملك الموت فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فقالت ملائكة الرحمة : جاء تائباً مقبلا بقلبه إلى الله وقالت ملائكة العذاب : إنه لم يعمل خيراً قط ، فأتاهم ملك فى صورة آدمى فجعلوه بينهم ، فقال قيسوا ما بين الأرضين ، فإلى أيتهما كان أدنى فهو له فقاسوه فوجدوه أدنى إلى الأرض التى أراد فقبضته ملائكة الرحمة . قال قتادة : فقال الحسن : ذكر لنا أنه لما أتاه الموت ناء بصدره . انظر ص ٢٨٣ جزء أول زاد المسلم ، وانظر ص ٥١ من هذا الكتاب .

وعاد إلى حظر دمه ألا ترى أن المرتد ظاهراً متى أظهر الإسلام حقن دمه كذلك الزنديق .

وقد روى عن ابن عباس فى المرتد الذى لحق بمكة وكتب إلى قومه سلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم هل له من توبة ، فأنزل الله « كيف يهدى الله قوماً كفروا بعد إيمانهم » . إلى قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » . فكتبوا بها إليه فرجع فأسلم فحكم له بالتوبة بما ظهر من قوله فوجب استعمال ذلك والحكم له بما يظهر منه دون ما فى قلبه(1).

وقال البعض الآخر إن العقوبات جوابر تنفيذها على الجانى فى الدنيا يقيه عذاب الآخرة .ويستدلون :

١ ــ عن الترمذى عن على بن أبى طالب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أصاب حداً فعجل عقوبته فى الدنيا فالله أعدل من أن يثنى على عبده فى الآخرة . ومن أصاب حداً فستره الله عليه فالله أكرم من أن يعود فى شيء قد عفا عنه(2).

وفى رواية عن عبادة بن الصامت قال :

كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى مجلس فقال : تبايعونى على ألا تشركوا بالله شيئاً ولا تزنوا ولا تسرقوا ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ؟ فمن وفى منكم فأجره على الله ، ومن أصاب شيئاً من ذلك فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له . ومن أصاب شيئاً من ذلك فستره الله عليه فأمره إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عذبه . زاد فى رواية : فبايعناه على ذلك . رواه الخمسة إلا أبا داود .

٢ ــ سأل الصحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه فقال : اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم . زاد فى

---

(١) انظر ص ٣٥١ جزء ٢ الجصاص .

(٢) انظر ص ٣٤٩ جزء ٤ جامع الأصول لابن الأثير .

رواية : ولقد تاب توبةلو قسمت توبته على أهل الحجاز لوسعتهم وفى رواية على أهل الأرض وقد رأيته ينغمس فى أنهار الجنة .

وروى أن رجلين من الصحابة قالا فيا بينهما : ما ركنت نفسه حتى جاء واعترف فقتل كما يقتل الكلاب فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكت حتى مروا بحمار ميت . فقال للرجلين : انزلا فكلا . فقالا : إنها ميتة . فقال : تناولكما من عرض أخيكما أعظم من ذلك[١].

٣ ــ وردت مناقشة طيبة على لسان الكمال بن الهمام قال :

وأما كون الطهرة من الذنب مقصودة من الحد قصداً تبعياً للزجر فقول طائفة كثيرة من أهل العلم، واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيا فى البخارى وغيره : إن من أصاب من هذه المعاصى شيئاً فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيئاً فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه .

واستدل الأصحاب بقوله تعالى فى قطاع الطريق « ذلك » أى التقتيل والصلب والنفى « بأن لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا » . فأخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية إلا من تاب فإنها حينئذ تسقط عنه العقوبة الأخروية .

إن التوبة لا تسقط الحد فى الدنيا ويجب أن يحمل الحديث على ما إذا تاب فى العقوبة لأنه هو الظاهر لأن الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبّب فعله .

يعنى أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد ، بل بالتوبة معه إن وجد ولم تتحقق فى حقه لأن التوبة عبادة وهو ليس من أهلها[٢].

والحقيقة التى تقويها الأدلة أن العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده أى أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه . وإقامة العقوبات تكفير لجرمها وطهرة من وزرها .

---

(١) انظر ص ٩٤ جزء ٩ المبسوط . (٢) انظر ص ١١٢ جزء ٤ فتح القدير .

الفصل الثاني

نظرية الاشتراك

فى الفقه الوضعى

قد يكون ارتكاب الجريمة بفعل شخص واحد ، وقد تحدث بجهود أكثر من شخص ، وعند ذلك إما أن يكون إجرامهم بعد تفاهم أو اتفاق سابق وإما أن لا يكون بينهم تفاهم أو اتفاق سابق على الإجرام .

والاشتراك بمعناه العام يشمل كل صور التعاون على ارتكاب الجريمة والأفعال المختلفة التى تدخل فى هذه الصور المتباينة تنتظم نوعين :

منها ما يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة التى وقعت ويكون فاعلها قد اشترك بطريق مباشر فى هذه الجريمة . وهذا هو الاشتراك الأصلى . ويقال للمشتركين فيه فاعلون أصليون .

ومنها ما لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة ، وإنما يتصل بالجريمة بطريق غير مباشر كالدعوة إلى ارتكابها أو تسهيلها بالمساعدة فيها ، وهذا هو الاشتراك الثانوى وهو الاشتراك بمعناه الاصطلاحى ، ويقال للمشتركين فى هذه الحالة شركاء[1].

الاشتراك بغير تفاهم سابق :

إن لم يكن بين المجرمين تفاهم سابق فلا تعتبر هذه الصورة اشتراكاً بالمعنى القانونى وهو الذى يقوم على وحدة القصد ووحدة الجريمة ، ولا

---

(١) انظر ص ٢٥١ شرح قانون العقوبات المصرى الجديد تأليف الدكتور السعيد مصطفى السعيد .

يترتب عليها أثر من الآثار التى يقررها القانون للاشتراك وإنما تتعدد الجريمة بتعدد المجرمين ويعتبر كل منهم مرتكباً لجريمة منفصلة ».

فإذا اعتدى شخصان على ثالث بأن أطلق كل منهما عليه عياراً نارياً بغير اتفاق ســابق بينهما على قتله ، فأصابه العياران وقضت إحدى الإصابتين على حياته ، فلا يسأل عن جريمة القتل العمد التامة إلا من أحدث الإصابة القاتلة ، أما الآخر فلا يعد إلا شارعاً فى القتل العمد .

وهذه النتيجة تخالف النتيجة التى تترتب على حالة قيام اتفاق سابق بينهما إذ يكونان فى هذه الحالة مسئولين معاً عن الجريمة التامة[1].

الاشتراك بعد تفاهم سابق :

الصورة الصحيحة للاشتراك بالمعنى الصحيح هى التى تحدث بعد اتفاق أو تفاهم على الجريمة ولو فى اللحظة السابقة على ارتكابها ، وتنفيذ الجريمة أو بدء تنفيذها ، وهنا قد يعتبر المنفذون للجريمة فاعلين أصليين أو يعتبر بعضهم شريكاً للفاعل الأصلى المنفذ للجريمة .

وقد نص القانون فى المادة ٣٩ عقوبات على :

يعد فاعلا للجريمة :

١ — من يرتكبها وحده أو مع غيره .

---

(١) انظر ص ٢٥٦ القانون الجنائى للأستاذ المرحوم على بدوى :

على أن المشرع المصرى قرر فى بعض الحالات الاستثنائية اعتبار الاشتراك أساساً للمسئولية أو لتشديدها بغير أن يتوافر إتفاق سابق ، فنص فى المادة ٢٤٣ ع على أنه إذا حصل ضرب أو جرح باستعمال أسلحة أو عصى أو آلات أخرى من واحد أو أكثر ضمن عصبة أو تجمهر مؤلف من خمسة أشخاص على الأقل توافقوا على التعدى والإيذاء كانت العقوبة الحبس وهــذا الحكم يسرى على جميع أعضاء العصبة سواء من ضرب ومن لم يضرب ، والتوافق هنا غير الاتفاق فلا يتضمن إتحاد الإرادة بين عدة أشخاص ، بل يتوافر بمجرد توارد خواطر المجرمين على الإجرام .

٢ ـ من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتى عمداً عملا من الأعمال المكونة لها .

ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها .

ونصت المادة ٤٠ عقوبات على :

يعد شريكاً فى الجريمة :

أولا : كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض .

ثانياً : من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفـــاق .

ثالثاً : من أعطى للفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أى شىء آخر مما استعمل فى ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأى طريقة أخرى فى الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها .

فى الفقه الإسلامى :

إن التقسيم الرئيس فى نظرية الاشتراك فى الجريمة فى الشريعة الإسلامية هو الاشتراك المباشر والاشتراك غير المباشر ويطلق الفقهاء على الاشتراك غير المباشر الاشتراك بالتسبب .

فالاشتراك المباشر فى الشريعة كما هو فى الفقه الغربى ، هو الاشتراك فى الجريمة بطريق فعلى وهو الاشتراك الأصلى الذى يقال للمشترك فيه إنه فاعل أصلى .

والاشتراك بالتسبب هو الاشتراك غير المباشر فى الجريمة كما يفهمه فقهاء الغرب وقد اتفق الفقهاء على أن المباشر للجريمة أو فاعلها الأصلى

يجازى بعقوبة الجريمة أما غير المباشر أو المتسبب فقد قال البعض إنه كالفاعل الأصلى وقال البعض إن عقوبته لا تكون كعقوبة الفاعل الأصلى وإنما عقوبته تعزيرية .

ورد فى بدائع الصنائع :

« الأخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب

أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعاً فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل أن يخرجه فلا قطع عليه لأن الأخذ إثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس أن لا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر وفى الإستحسان يقطعون جميعاً(١).

وجه القياس :

إن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فأما غيره فعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب .

وجه الاستحسان :

إن الإخراج حصل من الكل معنى لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا بإعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا ألحق المعين بالمباشر فى قطع الطريق وفى الغنيمة كذا هذا .

ولأن الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة ، بل مع أصحابه

(١) انظر ص ٦٥ بدائع الصنائع جزء ٧ .

ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج ، بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز وبهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة فى باب قطع الطريق » .

فالمعين فى جريمة قطع الطريق شريك غير مباشر ولكن لخطورة هـذه الجريمة ألحق المعين بالمباشر فى العقوبة عند بعض الفقهاء .

وفى الواقع إن المثل الذى ورد فى البدائع خاصاً بالاشتراك غير المباشر هو فى حقيقته لا يعبر تعبيراً واضحاً عن هذا الاشتراك لأن المشتركين فى هذا المثل فاعلون أصليون .

إنما نستطيع أن نتلمس الغرض من المثل الذى ورد فى البدائع أيضاً وهو : « لو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به إلى السكة حملاه جميعاً ، ينظر : إن عرف الداخل منهما بعينه قطع لأنه هو السارق لوجود الأخـذ والإخراج منه ، ويعزر الخارج لأنه أعانه على المعصية وهذه المعصية ليس فيها حد مقدر فيعزر .

وإن لم يعرف الداخل لم يقطع واحـد منهما لأن من عليه القطع مجهول ويعزران . أما الخارج فلما ذكرنا وأما الداخل فلارتكابه جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير »(١).

وقال مالك وأحمد كما قال أبو حنيفة : إن المعاون فى قطع الطريق كالمباشر لأنه حكم يتعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمبـاشر كاستحقاق الغنيمة لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة المعين له بخلاف سائر الحدود .

وقال الشافعى : إن الحد لا يقام إلا على المباشر .

---

(١) انظر ص ٦٦ جزء ٧ بدائع الصنائع .

وزفر يفرق ويقول :

حد قطاع الطريق بسبب المحاربة ، والردء مباشر للمحاربة لأن المحاربة فى العادة هكذا تكون فإنهم لو اشتغلوا جميعاً بالقتال فإذا وقعت الهزيمة عليهم لا تستقر قدمهم وإذا كان بعضهم ردءاً فإذا وقعت الهزيمة على المباشرين للحرب التجئوا إلى الردء فلهذا كانت العقوبة عليهم[1].

ورد فى المبسوط :

« والمباشر وغير المباشر فى حد قطاع الطريق سواء عندنا .

وعند الشافعى رحمه الله تعالى لا يقام الحد إلا على من باشر القتل وأخذ المال لأنه جزاء الفعل فلا يجب إلا على من باشر الفعل كحد الزنا .

ألا ترى أنهم لو لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا لم يقم الحد على واحد منهم ففى حق الذين لم يأخذوا يجعل كأنهم جميعاً لم يأخذوا .

وحجتنا أن هذا حكم متعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم فى الغنيمة . وتأثيره أنهم جميعاً مباشرون السبب وهو المحاربة . وقطع الطريق هكذا يكون فى العادة لأنهم لو اشتغلوا جميعاً بالقتال خفى عليهم طريق الإصابة لكثرة الزحمة ولا يستقرون إن زلت قدمهم فانهزموا . فإذا كان البعض ردءاً لهم التجئوا إليهم وتنكسر شوكة الخصوم برؤيتهم . وكذلك فى العادة إنما يتولى أخذ المال الأصاغر منهم والأكابر يترفعون عن ذلك وانقطاع الطريق يكون بهم جميعاً فعرفنا أنهم مباشرون للسبب فأما أخذ المال فالقتل شرط فيه ، وإذا صار الشرط موجوداً بقوتهم وباشروا السبب بأجمعهم قلنا يقام الحد عليهم[2]» .

ويعتبر الشخص فاعلا أصلياً ويعاقب عقوبة السارق إذا اشترك مع غيره من الفاعلين سواء سرقوا ما تبلغ قيمته نصاباً واحداً فقط أو أكثر

---

(١) انظر ص ١٤٩ جزء ٩ المبسوط . والردة : المعين .

(٢) انظر ص ١٩٨ جزء ٩ المبسوط . و ص ١١٧ ، ١١٨ من هذا الكتاب .

من ذلك وهذا عند مالك والشافعى وأحمد أما أبو حنيفة فلا يقطع عنده الفاعل إلا أن يكون ما أخذه كل منهم نصاباً .

ورد فى بداية المجتهد :

« إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل أن يكون عدلا أو صندوقاً يساوى النصاب .

فقال مالك :يقطعون جميعاً . وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً . فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر المال المسروق أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال . ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال : لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة[1]» .

وقد وجدنا رأياً آخر للشافعية .

ورد فى المهذب :

« إن نقب اثنان حرزاً وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصاباً وإن أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئاً قطع الذى أخرج دون الآخر لأنه هو الذى انفرد بالسرقة فإن اشتركا فى سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما .

وقال أبو ثور : يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان فى القتل وجب القصاص عليهما .

وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصاباً .

ويخالف القصاص : فإنا لو لم نوجبه على الشريكين جعل الاشتراك

---

(١) انظر ص ٣٧٤ جزء ٢ بداية المجتهد ، وانظر ص ٢٢٥ جزء ٤ فتح القدير .

طريقاً إلى إسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فإنا إذا لم نوجب القطع على الشريكين فى سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقاً إلى إسقاط القطع لأنهما لا يقصدان إلى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فإذا اشتركا فى نصابين أوجبنا القطع(١)» .

كما ورد ما يؤيد هذا الرأى للشافعية فى القرطبى قال :

« فإذا اجتمع جماعة فاشتركوا فى إخراج نصاب من حرزه ، فلا يخلو إما أن يكون بعضهم ممن يقدر على إخراجه ، أو لا إلا بتعاونهم فإن كان الأول فاختلف فيه علماؤنا على قولين .

أحدهما يقطع فيه ووجهه أن الاشتراك فى الجنـــاية لا يسقط عقوبتها كالاشتراك فى القتل .

والثانى لا يقطع فيه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، قالا : لا يقطع فى السرقة المشتركون إلا بشرط أن يجب لكل واحد من حصته نصاب ، لقوله عليه السلام : « لا تقطع يد السارق إلا فى ربع دينار فصاعداً » . وكل واحد من هؤلاء لم يسرق نصاباً فلا قطع عليهم .

قال ابن العربى :

وما أقرب ما بين القولين فإنا إنما قتلنا الجماعة بالواحد صيانة للدماء ، لئلا يتعاون على سفكها الأعداء ، فكذلك فى الأموال مثله لا سيما وقـــد ساعدنا الشافعى على أن الجماعة إذا اشتركوا فى قطع يد رجـــل قطعوا ولا فرق بينهما .

وإن كان بعضهم لا يمكنه إخراجه إلا بتعاونهم فإنه يقطع جميعهم باتفاق العلماء(٢)» .

---

(١) انظر ص ٢٧٧ جزء ٢ المهذب .

(٢) انظر ص ١٦٣ جزء ٦ أحكام القرآن للقرطبى .

كما أخذ بعض الحنفية بالرأى القائل بالقطع لجميع من يشترك فى سرقة النصاب الواحد .

ورد فى فتح القدير :

« وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً . قال رحمه الله : وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده .

والقطع قول زفر والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه . قلنا نعم ، هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه فى المعنى من الكل لتعاونهم كما فى السرقة الكبرى(١) » .

وقد وجدنا أيضاً تفصيلا عند المالكية .

قال مالك فى القوم يأتون إلى البيت فيسرقون منه جميعاً فيخرجون بالعدل يحملونه جميعاً أو الصندوق أو الخشبة أو بالمكتل أو ما أشبه ذلك مما يحمله القوم جميعاً إنهم إذا أخرجوا ذلك من حرزه وهم يحملونه جميعاً فبلغ ثمن ما خرجوا به من ذلك ما يجب فيه القطع وذلك ثلاثة دراهم فصاعداً فعليهم القطع جميعاً . قال : وإن خرج كل واحد منهم بمتاع على حدته فمن خرج بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعداً فعليه القطع ومن لم يخرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعداً فلا قطع عليه .

قال الباجى : وهذا على ما قال إن الجماعة إذا اشتركوا فى إخراج السرقة من الحرز ومبلغها ثلاثة دراهم فعليهم القطع وذلك على قسمين :

احدهما : أن لا يستطيعوا إخراجه إلا بالتعاون عليه قاله ابن القاسم وابن الماجشون . قال مالك فى الموازية : إنما مثل الجماعة تسرق ما قيمته

---

(١) انظر ص ٢٤٤ جزء ٤ فتح القدير ، وانظر ص ١٤٧ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ١٤٩ جزء ٩ المبسوط .

ثلاثة دراهم فيقطعون كالجماعة يقطعون يد الرجل خطأ فإنه يلزم ذلك عواقلهم وإن لم يصب كل عاقلة إلا عشر الدية .

والثانى : إذا كان اشتراكهم فى إخراجه على غير وجه التعاون وهو مما يمكن أحدهم الانفراد بإخراجه من غير تكلف مشقة كالثوب او الصرة فقد قال ابن القاسم فى الموازية : إنما يقطع من أخرج منهم نصاباً .

وقال ابن حبيب : إن كانت السرقة إذا قسطت عليهم أصاب كل واحد منهم نصاب فعليهم القطع خفيفة كانت أو ثقيلة .

وإن كانت قيمتها ثلاثة دراهم قال القاضى أبو محمد : إذا كان مما يحتاج إلى تعاون قطعوا إذا بلغت قيمته ربع دينار وإن كان مما لا يحتاج إلى التعاون ففيه خلاف بين أصحابنا وقال الشيخ أبو القاسم فى تفريعه : لا قطع على أحد منهم إلا إن كان يصيب كل واحد منهم ربع دينار قال : وقال بعض أصحابنا عليهم القطع سواء كانت سرقتهم يمكن الانفراد بها أو لا يمكن ذلك فيها . قال القاضى أبو محمد : وقال أبو حنيفة والشافعى لا قطع على واحد منهم قال :

والدليل على ما نقوله أنهم اشتركوا فيما لو انفرد به أحدهم لوجب عليه الحد فإذا اشتركوا فيه وجب على جميعهم الحد كالقتل والزنى وشرب الخمر .

قال القاضى أبو محمد : ولو أنهم سرقوا متاعاً فحملوه على دابة إلى خارج الحرز فإن القطع على جميعهم . والفرق بين المسألتين على رأى من رأى الفرق بينهما من أصحابنا أن ما نقل من المتاع لا يستطيع أحدهم أن يخرجه بانفراده وإنما يخرجونه باجتماعهم فكان كل واحد منهم مخرجاً له لأنه لولاه لم يخرج به الآخر فلم ينفرد واحد منهم بإخراج شىء منه لأنه لو لم يكن يقدر على إخراج جملته ولا جزء منه مع كونه على تلك الحال فكان إخراجه متعلقاً بجميعهم لأنه لا يخرجه إلا جميعهم(١).

---

(١) انظر ص ١٧٨ جزء ٧ المنتقى شرح الباجى .

ورد فى الميزان للشعرانى :

« ومن ذلك قول أبى حنيفة وأحمد أنه لو اشترك جماعة فى نقب ودخلوا الحرز وأخرج بعضهم نصاباً ولم يخرج الباقون شيئاً ولا أعانوا فى الإخراج وجب القطع على الجماعة كلهم .

مع قول مالك والشافعى إنه لا يقطع إلا من أخرج .

فالأول مشدد على من ساعد فى النقب ولم يخرج ولم يعن .

والثانى فيه تخفيف على الداخل الذى لم يخرج المتاع[1] » .

ورد فى رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة :

اتفق الأئمة على أنه إذا اشترك جماعة فى سرقة فحصل لكل واحد منهم نصاب أن على كل واحد منهم القطع فإن اشتركوا فى سرقة نصاب ، فقال أبو حنيفة والشافعى لا قطع عليهم .

وقال مالك : إن كان مما يحتاج إلى تعاون عليه قطعوا وإن كان مما يمكن الواحد الانفراد بحمله فقولان لأصحابه . « وإن انفرد كل واحد بشىء أخذه لم يقطع أحد منهم إلا أن يكون قيمة ما أخرجه نصاباً ولا يضم إلى ما أخرجه غيره[2] » .

وقال أحمد عليهم القطع سواء كان من الأشياء الثقيلة التى يحتاج إلى التعاون عليها أو كان من الأشياء الخفيفة كالثوب وسواء اشتركوا فى إخراجه من الحرز دفعة واحدة أو انفرد كل واحد منهم بإخراج شىء منه فصار مجموعه نصاباً[3] .

من كل النصوص المتقدمة نجد اختلافاً واسعاً فى الرأى ، بل نجد الخلاف تعدى ذلك إلى اختلاف الروايات فى سرد رأى كل إمام من الأئمة .

---

(١) انظر ص ١٦٣ جزء ٢ الميزان للشعرانى ، وانظر ص ٢٧٧ جزء ٢ المهذب .

(٢) ليس هذا رأى مالك كما وجدناه فى كتب المالكية .

(٣) انظر ص ١٤٣ جزء ٢ رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة المنشور على هامش الميزان .

إنما نستطيع فى النهاية أن نردها إلى الأصلين الآتيين :

إذا اشترك جماعة فى سرقة ، فإن اشتركوا فى الإخراج جميعاً وكان ما أخرج يوازى نصاباً لكل منهم قطعوا جميعاً .

وإذا اشترك جماعة فى سرقة ، ولكن عند الإخراج خرج البعض بما يوازي نصاب لكل منهم والبعض الآخر لم يكن حظه نصاباً ، قطع من كان حظه النصاب ولم يقطع من كان حظه أقل من النصاب .

ولكى نجزم برأى كل إمام فى هذا الموضوع يجدر بنا أن نرجع لرأيه فى كتب تلاميذه وتابعيه الرئيسة فنرجع لرأى الإمام أبى حنيفة فى كتب الحنفيـــة ولرأى الإمام مالك فى كتب المالكية وهكذا لا نعتمد إلا هذا .

مقياس التفرقة بين الفاعل والشريك

إن عمل الفاعل إنما هو تدخل مباشر فى ارتكاب الجريمة وهو المكون للجريمة فى ذاتها بينما أن عمل الشريك ليس إلا تدخلا غير مباشر فى الجريمة .

وقد وضع بعض الفقهاء معياراً لهذه التفرقة فقالوا إذا أردنا أن نحدد مركز المجرم فى الجريمة فاعلا أو شريكاً وجب أن ننظر إلى الأعمـــال التى صدرت منه باعتباره تدخل فى الجريمة وحده ، فإن كانت هـــذه الأعمال تنفيذية تجعل صاحبها شارعاً فى الجريمة ؛ فهو فاعل إذا تعاون بهذه الأعمال مع غيره ، أما إن كانت فى ذاتها أعمالا تحضيرية بالنسبة للجريمة أو خارجة عن تنفيذها ولا تعد شروعاً فيها فإن مرتكبها يعد شريكاً إذا تعاون بها مع غيره فى الجريمة .

وجاءت تعليقات قانون العقوبات عند وضع المواد الخاصة بالإشتراك بمثل واضح لهذه الحالة وهو أن يتعاون مجرمان فى القتل أحدهما يوقف عربة المجنى عليه والثانى يقتله فكلاهما فاعل وذلك لأن إيقاف العربة بقصد

القتل إنما هو من الأعمال التنفيذية التى يتوافر فيها الشروع لأنه يؤدى حالا ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة(1).

ونستطيع أن نضرب لذلك مثلا من الفقه الإسلامى :

فعند أبى حنيفة والشافعى أنه لو أمسك رجل رجلا فقتله آخر فالقود على القاتل دون الممسك ولكن على الممسك التعزير .

وقال محمد بن الحسن : كيف يقتل الممسك ولم يقتل وإذا أمسكه وهو يرى أنه لا يريد قتله أفتقتلون الممسك ؟ قالوا : لا ، إنما نقتله إذا ظن انه يريد قتله ، قيل لهم : فلا نرى القود فى قولكم على الممسك إلا بظنه والظن يخطىء ويصيب .

أرأيتم لو أن رجلا دل على رجل فقتله والذى دل يرى أنه سيقتله إن قدر عليه ، أيقتل الدال والقاتل جميعاً ؟ وقد دل عليه فى موضع لا يقدر على أن يتخلص منه ؟ ينبغى فى قولكم أن تقتلوا الدال كما تقتلون الممسك .

أرأيتم لو أن رجلا أمر رجلا بقتل رجل فقتله أيقتل القاتل والآمر ؟ ينبغى فى قولكم أن يقتلا جميعاً .

أرأيتم لو أن رجلا حبس امرأة لرجل حتى زنى بها أيحدان معاً أو يحد الذى فعل الفعل ؟ فإن كانا محصنين أيرجمان جميعاً ؟ ينبغى لمن قال يقتل الممسك ان يقول يقام الحد عليهما جميعاً .

أرأيتم لو أن رجلا سقى رجلا خمراً أيحدان جميعاً حد الخمر أم يحد الشارب خاصة ؟

أرأيتم لو أن رجلا أمر رجلا أن يفترى على رجل فافترى عليه أيحدان جميعاً أم يحد القاذف خاصة ؟ ينبغى فى قولكم أن يحدا جميعاً. هذا ليس

---

(1) انظر ص ٢٦٩ القانون الجنائى للأستاذ المرحوم على بدوى .

بشيء ، لا يحد إلا الفاعل ولا يقتل إلا القاتل ولكن على الآخر التعزير والحبس .

ويحتج أصحاب هذا الرأي بما ورد عن عطاء بن أبي رباح عن على ابن أبي طالب رضى الله عنه أنه قال فى رجل قتل رجلا متعمداً وأمسكه آخر : يقتل القاتل ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت .

إلا أن محمد بن الحسن خالف الشافعى فى مسألة ما لو أن قوماً قطعوا الطريق فقتلوا ولهم قوم ردء حيث يسمعون الصوت وإن كانوا لا يرون ما فعل هؤلاء من القتل ؛ قتل القاتلون بقتلهم والردءون بأن هؤلاء قتلوا بقوتهم .

وقال الشافعى : قلت لمحمد بن الحسن : أرويت فى هذا شيئاً ؟ فلم يذكر رواية . فقلت له : أرأيت رجلا شديداً أراد رجل ضعيف أن يقتله ، فقال لرجل شديد : لولا ضعفى قتلت فلانا ، فقال : أنا أكتفه لك ، فكتفه وجلس على صدره ، ورفع لحيته حتى أبرز مذبحه وأعطى الضعيف سكيناً فذبحه ، فزعمت أنك تقتل الذابح لأنه هو القاتل ولا تلتفت إلى معونة هذا الذى كان سببه لأن السبب غير الفعل ؟ وإنما يؤاخذ الله الناس على الفعل ، أكان هذا أعون على قتل هذا أو الردء على قتل من مر فى الطريق ؟ ثم تقول فى الردء لو كانوا حيث لا يسمعون الصوت وإن كانوا يرون القوم ويعزرونهم ويقوونهم لم يكن عليهم شيء إلا التعزير فمن حد لك حيث يسمعون الصوت ؟ قال : فصاحبكم[1] يقول معى مثل هذا فى الردء يقتلون . قلت : فتقوم لك بهذا حجة على غيرك إن كان قولك لا يكون حجة ، أفيكون قول صاحبنا الذى تستدرك عليه مثل هذا حجة ؟ قال : أفلا تقوله ؛ قلت : لا ولم أجد أحداً يعقل يقوله ، ومن قاله خرج من حكم الكتاب والقياس والمعقول .

---

(١) انظر ص ٣٠١ الأم للشافعى جزء ٧ — والمقصود بقوله صاحبكم هو الإمام مالك رحمه الله .

وعنـــد مالك إن الممسك والقاتل شريكان فى القتل « أى فاعـــلان أصليان » فيجب عليهما القود إذا كان القاتل لا يمكنه قتله إلا بالإمساك وكان المقتول لا يقدر على الهرب بعد الإمساك .

وعند أحمد فى إحدى روايتيه يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت وفى الرواية الأخرى أنهما يقتلان على الإطلاق(١).

فإذا اعتبرنا أن الإمساك من قبيل المساعدة التى لا تصل إلى الفعل الأصلى يعاقب الممسك بالتعزير على اعتبار أنه شريك كما يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد فى إحدى روايتيه .

وإذا اعتبرنا أن الإمساك من قبيل الأفعال الأصلية التنفيذية فى الجريمة يعاقب الممسك على أنه فاعل أصلى فيحكم عليه بالقود كما يرى مالك وأحمد فى روايته الأخرى .

وفى الواقع إن احتجاج محمد بن الحسن بالزنا وشرب الخمر والقذف احتجاج فى غير محله لأن الممسك تقوم فى حقه أركان جريمة القتل العمد وأهم ركن فيها الفعل المادى وهو الإمساك . أما فى الزنا أو شرب الخمر أو القذف فلا تقوم فى حقه أركان الجريمة وأهمها الفعل المادى .

الاشتراك بغير تفاهم سابق

إن لم يكن بين المجرمين تفاهم سابق فلا تعتبر هذه الصورة اشتراكاً بالمعنى القانونى وهو الذى يقوم على وحدة القصد ووحدة الجريمة ولا يترتب عليها أثر من الآثار التى يقررها القانون للاشتراك وإنما تتعدد الجريمة بتعدد المجرمين ويعتبر كل منهم مرتكباً لجريمة منفصلة .

---

(١) انظر ص ١٤٢ جزء ٢ الميزان للشعرانى ، وانظر ص ١٠٠ جزء ٢ من كتاب رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ، وانظر ص ١٩٠ الفروق للقرافى جزء ٤ .

ورد فى القرطبى :

« فإن اشتركوا فى السرقة بأن نقب واحد الحرز وأخرج آخر ، فإن كانا متعاونين قطعاً . وإن انفرد كل منهما بفعله دون اتفاق بينهما ، بأن يجىء آخر فيخرج فلا قطع على واحد منهما .

وإن تعاونا فى النقب وانفرد أحدهما بالإخراج فالقطع عليه خاصة[1] » .

عقوبة الفاعلين الأصليين

يعاقب الفاعل الأصلى للجريمة بالعقوبة المقررة لها بالقانون فإذا تعدد الفاعلون ، فعقوبة كل منهم هى بعينها العقوبة المقررة للجريمة ويترتب على ذلك نتيجتان :

النتيجة الأولى

إن الفاعل لايتأثر من وجود فاعلين آخرين معه لنفس الجريمة ، إلا فى الأحوال الاستثنائية التى يجعل فيها القانون تعدد الفاعلين فى ذاته ظرفاً مشدداً للعقوبة أو مغيراً لوصف الجريمة كما هو الحال فى جرائم السرقة ، أو إتلاف المزروعات .

وفى الشريعة أيضاً لا يتأثر الفاعل الأصلى من وجود فاعلين زملاء له ونستطيع أن نلمس ذلك :

١ — فى جريمة الحرابة :

ورد فى المحلى لابن حزم :

« إن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد فى سبيل الأرض سواء بسلاح ، أو بلا سلاح أصلا سواء ليلا أو نهاراً فى مصر أم فى فلاة . أو فى قصر الخليفة ، أو الجامع سواء فعل ذلك بجند أو غير جند منقطعين فى الصحراء أو أهل قرية ، سكاناً دورهم أو أهل حصن كذلك ، أو أهل

---

(١) انظر ص ١٦٤ جزء ٦ القرطبى .

مدينة عظيمة أو غير عظيمة كذلك ، واحداً كان أو أكثر . كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لجراحة أو انتهاك عرض فهو محارب عليه وعليهم ، كثروا أو قلوا » .

فالمحارب قد يكون واحداً وتوقع عليه عقوبة الحرابة فإن كان أكثر من واحد توقع على كل منهم عقوبة الحرابة .

ورد فى أحكام القرآن للقرطبي :

وقال الشافعى : لا يقتل إلا من قتل ، وهذا ضعيف ، فإن من حضر الوقعة شركاء فى الغنيمة وإن لم يقتل جميعهم وقد اتفق معنا على قتل الردة وهو الطليعة فالمحارب أولى(١).

٢ — فى جريمة البغى :

قد يكون الباغى واحداً كما قد تكون البغاة فرقة .

ورد فى الخرشى :

« وعبر المؤلف بفرقة جرياً على الغالب ، وقد يكون الباغى واحداً ولا بد أن يكون الخروج على الإمام مغالبة . فمن خرج على الإمام لا على سبيل المغالبة فلا يكون من البغاة »(٢).

وورد فى الروضة البهية :

« من خرج على المعصوم من الأئمة عليهم السلام فهو باغ واحداً كان كابن ملجم أو أكثر كأهل الجمل وصفين »(٣).

فالباغى قد يكون واحداً ويصدق عليه وصف البغاة وتجرى عليه أحكامهم كما قد يكون أكثر من واحد وتجرى عليهم نفس أحكام البغاة .

---

(١) انظر ص ١٥٥ جزء ٦ أحكام القرآن للقرطبى .

(٢) انظر ص ٦٠ جزء ٨ الخرشى .

(٣) انظر ص ٢٢٣ جزء ١ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، وانظر تفاصيل هذا البحث فى ص ٥٩ وما بعدها من المسئولية الجنائية للمؤلف .

٣ – فى جريمة القتل :

إذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم .

قال بذلك مالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد فى رواية لقول عمر فيه « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم » . وذلك لأن القتل بطريق التعاون غالب والقصاص جعل زجراً للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء .

واستثنى مالك من ذلك القسامة فقال : لا يقتل بالقسامة إلا واحد ، وقال أحمد فى روايته الأخرى : إنه لا تقتل الجماعة بالواحد وتجب الدية دون القود(١).

وقتل على رضى الله عنه الحرورية بعبد الله بن خباب ، فإنه توقف عن قتالهم حتى يحدثوا ، فلما ذبحوا عبدالله بن خباب كما تذبح الشاة ، وأخبر على بذلك قال : الله أكبر ! ! نادوهم أن أخرجوا إلينا قاتل عبدالله بن خباب ؛ فقالوا : كلنا قتله ثلاث مرات ، فقال على لأصحابه ، دونكم القوم ، فما لبث أن قتلهم على وأصحابه . أخرجه الدار قطنى فى سننه .

وفى الترمذى عن أبى سعيد وأبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لأكبهم الله فى النار » وقال فيه : حديث غريب .

ولو علم أيضاً أن الجماعة إذا قتلوا الواحد لم يقتلوا لتعاون الأعداء على قتل أعدائهم بالاشتراك فى قتلهم وبلغوا الأمل من التشفى(٢).

وقال داود وأهـــل الظاهر والرواية الأخرى لأحمد لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وعمدة قولهم قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين » .

---

(١) انظر ص ١٤١ الميزان للشعرانى ، وانظر ص ١٩٠ جزء ٤ الفروق للقرافى .

(٢) انظر ص ٢٥٢ جزء ٢ أحكام القرآن للقرطبى والحرورية طائفة من الخوارج نسبوا إلى حروراء « موضع قريب من الكوفة » .

وقد قال صاحب النهاية فى ذلك :

« هذا جواب الاستحسان وفى القياس لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر فى القصاص المساواة لما فى الزيادة من الظلم على المعتدى ، وفى النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد .

هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكونِ مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد . وأيد هذا القياس قوله تعالى : وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس . وذلك فيه مقابلة النفوس بنفس . ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عليهم عمر رضى الله عنه بالقصاص . وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم(١) .

وقال صاحب العناية فى ذلك :

لقائل أن يقول : ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً فى الشرع ، وإن كان ، فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى : إن النفس بالنفس . والجواب : أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء .

وقوله تعالى : إن النفس بالنفس ، لا ينافيه لأنهم فى ازهاق الروح الغير المتجزء كشخص واحد » .

وقال قاضى زاده فى تكملة فتح القدير :

الحق عندى أن يقال إن قوله تعالى إن النفس بالنفس لا ينافى ما قالوا فى هذه المسئلة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة فى النفس ، بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص

---

(١) انظر ص ٢٧٩ : فتح القدير جزء ٨ ، وانظر ص ١٧٤ جزء ٢ المهذب يقال تمالأوا على الأمر : اجتمعوا عليه . ومالأت فلاناً على الأمر ممالأة : ساعدته عليه وشايعته . قال على كرم الله وجهه . والله ما قتلت عثمان ولا مالأت على قتله . (شرح غريب المهذب) . وانظر ص ١٢٦ جزء ٩ المبسوط .

النفس بغير النفس كما فى قوله تعالى : والعين بالعين والأنف بالأنف ونحوهما .

ولكن كما سبق القول يقرر بعض الفقهاء أنه إن اشترك أكثر من واحد فى جريمة سرقة فيلزم أن يكون حظ كل من السراق نصاباً حتى تقطع أيديهم . ولم يفرق هؤلاءالفقهاء بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة فى حمله وبين أن يخرج كل واحد منه جزءاً منه .

كما قرر البعض أنه إذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وهو قول الحنفية[1].

وقال الشافعى تقطع يداهما . فعند الشافعية القاعدة العامة الآتية :

« إن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين فى القتل وان كان قاتلا لبعض النفس[2]» .

وهو رأى مالك وأحمد فعندهم أن الجماعة إذا اشتركوا فى قطع يد قطعوا كلهم فتقطع يد كل واحد[3].

وقد اختلف الفقهاء فى الجماعة يقتلون الرجل خطأ ، فقالت طائفة : على كل واحد منهم الكفارة ، كذلك قال الحسن وعكرمة والنخعى ومالك والثورى والشافعى وأحمد وأصحاب الرأى .

وقالت طائفة : عليهم كلهم كفارة واحدة وهو قول أبو ثور وحكى عن الأوزاعى وفرق الزهرى فقال فى الجماعة يرمون بالمنجنيق فيقتلون رجلا : عليهم كلهم عتق رقبة وإن كانوا لا يجدون فعلى كل واحد منهم صوم شهرين متتابعين[4].

---

(١) انظر ص ٢٨٠ فتح القدير جزء ٨ .
(٢) انظر ص ١٨٤ جزء ٢ المهذب .
(٣) انظر ص ١٤١ جزء ٢ الميزان للشعرانى .
(٤) انظر ص ٣٣٢ جزء ٥ أحكام القرآن للقرطبى .

النتيجة الثانية

لا يتأثر فاعل بالظروف الخاصة بغيره من الفاعلين .

فإن كان أحد الشريكين فى الوطء صغيراً والآخر بالغاً أو أحدهما مستيقظاً والآخر نائماً أو أحدهما عاقلا والآخر مجنوناً أو أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختاراً والآخر مستكرهاً أو أحدهما مسلماً والآخر مستأمناً وجب الحد على من هو من أهل الحد ولا يجب على الآخر لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد ، وإن كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب(١).

ونستطيع تفصيل ذلك كله فى الأمور الأربعة الآتية :

١ — تغيير وصف الجريمة لوجود ظروف خاصة بأحد الفاعلين .

٢ — تغيير العقوبة بسبب وجود ظروف خاصة بأحد الفاعلين .

٣ — تغيير وصف الجريمة بالنظر لقصد الفاعلين .

٤ — تغيير وصف الجريمة بالنظر لكيفية علم الفاعل بها .

أولا — تغيير وصف الجريمة لوجود ظروف خاصة بأحد الفاعلين :

إن ارتكب اثنان جريمة سرقة وكان أحدهما خادماً طرف المجنى عليه أو مأذوناً له بالدخول فى المنزل أو ضيفاً عنده وكان الآخر غريباً عن المنزل كانت جريمة الغريب سرقة تقطع فيها اليد وجريمة الآخر دون السرقة يعزر مرتكبها ولا تقطع فيها اليد .

---

(١) انظر ص ٢٦٨ جزء ٢ المهذب .

وإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه كأب المسروق منه قطع شريكه فى رواية والرواية الثانية لا يقطع لأن سرقتهما جميعاً صارت علة لقطعهما وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع لأنه أخذ ماله فتمكنت الشبهة منه فلا يجب القطع به كاشتراك العامد مع الخاطىء .

وإن أخرج كل واحد منهما نصاباً وجب القطع على شريك الأب لأنه انفرد بما يوجب القطع ، وإن أخرج الأب نصاباً وشريكه دون النصاب ففيه القولان .

ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه ، والحكم على نحو ما تقدم فيما إذا كان فيهم صبى أو مجنون[1].

وإذا دخل حربى دار الإسلام بأمان فأصبح مستأمناً فزنى بذمية أو مسلمة ففى الموضوع ثلاثة أقوال عند الحنفية :

١ ــ قول لأبى حنيفة : إن الحد عليها دون الحربى .

ووجه قوله أن فعل الحربى حرام محض . ألا ترى أنه يؤاخذ ، فكان زنا فكانت هى مزنياً بها إلا أن الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه أحكامنا وهذا أمر يخصه . أما الذمى فيحد لأنه بالذمة والعهد التزم أحكام الإسلام مطلقاً إلا فى قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد هنا .

كذلك إذا عاقبنا الحربى المستأمن نكون خالفنا الآية القرآنية التى تقول : « ثم أبلغه مأمنه » فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقاً لله تعالى وفى إقامة الحد عليه تفويت ذلك ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله .

بخلاف القصاص فإنه حق العباد وهو قد التزم حقوق العباد فى المعاملات

---

(١) انظر ص ٧٥ جزء ٧ بدائع الصنائع .

وحد القذف فيه بعض حق العباد أيضاً لأن المقصود رفع العار عن المقذوف .

وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع عنه على ما سيجيء .

٢ ــ قول محمد : لا يحد واحد منهما ، لأن الأصل عند محمد فى الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا فامتناع الحد فى حق الأصل يوجب امتناعه فى التبع بخلاف امتناعه فى التبع فلا يوجب امتناعه فى حق الأصل .

٣ ــ وقول أبي يوسف يحدان جميعاً « وهو قول الشافعى » .

وحجته فى ذلك أن الحد يقام على الحربى المستأمن كما يقام على الذمى لأنه ما دام فى دار الإسلام فهو ملتزم بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات كالذمى . ألا ترى أنه يقام عليه القصاص وحد القذف وهذا لأن هذه الحدود تقام صيانة لدار الإسلام . فلو قلنا لا تقام على المستأمن يؤدى ذلك إلى الاستخفاف بالمسلمين . وما أعطيناه الأمان ليستخف بالمسلمين بخلاف حد شرب الخمر فإنه لا يقام على الذمى ولا المستأمن لأنهما يعتقدان إباحة شرب الخمر وإنما أعطيناهم الأمان على أن نتركهم وما يدينون .

فإذا زنى المسلم أو الذمى بالمستأمنة :

١ ــ عند أبي حنيفة ومحمد يحد المسلم والذمى دون المستأمنة .

٢ ــ عند أبي يوسف يحدان .

٣ ــ قال مالك : لا يقام الحد على الذمى ولكن يدفع إلى أهل دينه ليقيموا عليه ما يعتقدون من العقوبة لما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما لما سئلا عن ذميين زنيا فقالا : يدفعان إلى أهل دينهما(١).

والصبى والمجنون إذا وطىء امرأة أجنبية عنه لا حد عليه لأن فعلهما لا يوصف بالجريمة فلا يكون الوطء منهما زناً فلا حد على المرأة إذا طاوعته عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف .

---

(١) انظر ص ٥٧ جزء ٩ المبسوط .

وذلك لأن وجوب الحد على المرأة فى باب الزنا ليس لكونها زانية لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة . وإنما وجب عليها لكونها مزنياً بها وفعل الصبى والمجنون ليس بزنا فلا تكون هى مزنياً بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ ، فكانت الصبية أو المجنونة مزنياً بها إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية ، والأهلية ثابتة فى جانب الرجل فيجب(١).

وقال زفر والشافعى وهو رواية لأبى يوسف : عليها الحد وهو قول مالك وأحمد . وذلك لأن المانع من وقوع الفعل زنا نخص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها .

فالعذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ، فكذلك العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها .

وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت ما هى به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد . ألا يرى أن الله سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس إلا بذلك ، ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب(٢).

ولو كان تمكين المرأة صبياً أو مجنوناً يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا ، هل زنى بك مجنون أو صبى ؟ كما استفسر ماعزاً فقال : أبك جنون ؟ حين كان جنونه يسقط عنه الحد(٣).

---

(١) انظر ص ٣٤ جزء ٧ بدائع الصنائع .

(٢) انظر ص ١٥٦ جزء ٤ فتح القدير ، وانظر ص ١٥٥ الميزان جزء ٢ للشعرانى .

(٣) ويرد الرأى المخالف على ذلك بالقول : إنها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبى ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فإنه استراب بأمره ، ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون ؟ مع أنها مثل ماعز فى سقوط الحد بجنونها .

وقال البعض : فأما الزنا فكل واحد من الزانيين مباشر لفعل آخر إذ لا مجانسة بين الفعلين لأن فعله الإيلاج وفعلها التمكين . فجنونها لا يعدم التمكين فلا يتمكن فيه نقصان فيكون فعل الرجل فى الإيلاج مخصوصاً بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد[1].

وقال الكمال بن الهمام : وإذا أريد شمول التعريف فى الزنا يقال : إدخال المكلف الطائع تدر حشفتهقبل مشتهاة حالا أو ماضياً بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين[2].

فإن كان من قطاع الطريق صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه اختلف الفقهاء : قال ماللك والشافعى وأحمد :

لا يسقط عن غيره الحد وهو قول أكثر أهل العلم لأنها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين كما لو اشتركوا فى وطء امرأة . ولا حد على الصبي أو المجنون وإن باشر القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذوا من المـال فى أموالها ودية قتيلهما على عاقلتهما . ولا شيء على الردء لهما لأنه إذا لم يثبت ذلك للمباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى وإن كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت فى حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم فى حق الردء ثبت بالمحاربة .

وقال أبو يوسف :

لو باشر العقلاء الأخـذ والقتل يحد الباقون وإن باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين ، وذلك لأن المباشر أصل والردء تابع ففى مباشرة العاقل الخلل فى التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل فى الأصل فيحد الباقون .

---

(١) انظر ص ١٢٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٣٩ جزء ٤ فتح القدير .

وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد :

يسقط الحد عن جميعهم ويصير القتل للأولياء إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا لأن حكم الجميع واحد فالشبهة فى فعل واحد شبهة فى حق الجميع . وذلك لأن قطع الطريق جناية واحدة ، لأن الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق فى الغالب إلا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة قامت بالكل . فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب فى حق الباقين لأن فعل الباقين حينئذ بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطىء مع العامد إذا اجتمعا فى قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد(١).

وإن كان مع قطاع الطريق امرأة ثبت فى حقها حكم المحاربة فتى قتلت وأخذت المال فحدها حد قطع الطريق . وبهذا قال الشافعى وأحمد لأنها تحد فى السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل . وتخالف الصبى والمجنون ، ولأنهامكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود فلزمها هذا الحد كالرجل . فإن باشرت المرأة القتل أو أخذ المال ثبت حكم المحاربة فى حق من معها لأنهم ردء لها ، وإن فعل ذلك غيرها ثبت حكمه فى حقها لأنها ردء له كالرجل سواء(٢).

وعند الحنفية إذا كان مع قطاع الطريق امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام عليها الحد لأن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من أهل الحراب . ولهذا لا يقتلن فى دار الحرب بخلاف السرقة لأنها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الأعين والأنوثة لا تمنع من ذلك . وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال .

---

(١) انظر ص ٢٧٣ جزء ٤ فتح القدير .

(٢) انظر ص ٣١٨ جزء ١٠ المغنى

وأما الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد سواء باشروا معها أو لم يباشروا لأن سبب الوجوب شيء واحد وهو قطع الطريق وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما إذا كان فيهم صبى أو مجنون . وفرق أبو يوسف بين الصبى وبين المرأة حيث قال : إذا باشر الصبى لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين . وإذا باشرت المرأة يحد الرجال .

ووجه الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس لعدم الأهلية لأنها من أهل التكليف ، ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها ، بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا لم يوجد فى الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبى لعدم أهليته الوجوب لأنه ليس من أهل الإيجاب ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فإذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبع ضرورة(١).

ثانياً – تغيير العقوبة بسبب وجود ظروف خاصة بأحد الفاعلين :

فإذا كان الزانى محصناً يرجم وإن كانت شريكته محصنة ترجم أيضاً فإن لم تكن متزوجة تجلد ولا ترجم .

« عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما ، قالا : جاء أعرابى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو جالس فقال : يا رسول الله ، أنشدك بالله إلاقضيت لى بكتاب الله . فقال الخصم الآخر . وهو أفقه منه ، نعم . فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال ، قال : إن ابنى كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة . فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن ما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على

(١) انظر ص ٩١ جزء ٧ بدائع الصنائع .

امرأة هذا الرجم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ؛ الوليدة والغنم رد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، أغد يا أنيس — لرجل من أسلم — إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . فغدا عليها فاعترفت ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت[1] » .

ثالثاً — تغيير وصف الجريمة بالنظر لقصد الفاعل :

فإذا ضرب شخصان رجلا فقتلاه وكان أحدهما يقصد قتله وأما الثانى فلم يكن يقصد قتله ولكن ضربه ضرباً أفضى إلى موته فيعاقب الأول عقوبة القتل العمد ويعاقب الثانى عقوبة الضرب المفضى للموت[2].

وقد اختلف الفقهاء المسلمون فى اشتراك الصبي والبالغ أو المجنون والعاقل أو العامد والمخطيء يقتلان رجلا .

١ — قال مالك إذا اشترك الصبي والبالغ فى قتل رجل قتل البالغ وعلى عاقلة الصبي نصف الدية .

ورد فى المدونة :

قلت : أرأيت إذا اجتمع فى قتل رجل حر ، صبى ورجل فقتلاه عمداً . قال : قال مالك : على عاقلة الصبى نصف الدية ويقتل الرجل قلت : وكذلك لو كانت رمية الصبي خطأ ورمية الرجل عمداً فمات منهما جميعاً قال : الدية أرى وأستحسن أن تكون الدية عليهما جميعاً لأنى لا أدرى من أيهما مات . وإنما قال مالك إذا كان العمد منهما جميعاً .

٢ — وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا قصاص على واحد منهما وكذلك

---

(١) انظر ص ٢٩٧ جزء ٤ جامع الأصول لابن الأثير الجزرى .

(٢) انظر ص ٢٧٢ شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى .

لو كان أحدهما أبا المقتول فعلى الأب والعاقل نصف الدية فى ماله والمخطىء والمجنون والصبي على عاقلته وهو قول الحسن بن صالح .

ومما يحتج به فى ذلك حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه الدية مغلظة » وقتيل الصبي والبالغ والمجنون والعاقل والمخطىء والعامد هو خطأ العمد من وجهين .

أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم فسر قتيل خطأ العمد بأنه قتيل السوط والعصا فإذا اشترك مجنون معه عصا وعاقل معه سيف فهو قتيل خطأ العمد لقضية النبي صلى الله عليه وسلم فالواجب أن لا قصاص فيه .

والوجه الآخر : أن عمد الصبي والمجنون خطأ لأن القتل لا يخلو من أحد ثلاثة أوجه :

إما خطأ أو عمد أو شبه عمد فلما لم يكن قتل الصبي والمجنون عمداً وجب أن يكون فى أحد الخبرين الآخرين من الخطأ أو شبه العمد وأيهما كان فقد اقتضى ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم إسقاط القود عن مشاركه فى القتل لأنه قتيل خطأ أو قتيل خطأ العمد وأيضاً فإنه أوجب فيمن استحق هذه التسمية دية مغلظة ومتى وجبت الدية كاملة انتفى القود بالاتفاق . فإن قيل : إنما أراد النبي صلى الله عليه وسلم بقوله قتيل خطأ العمد إذا انفرد بقتله بالسوط والعصا ، قيل له : مشاركة غيره فيه بالسيف لا تخرجه عن أن يكون قتيل السوط والعصا وقتيل خطأ لأن كل واحد منهما من حيث كان قاتلا وجب أن يكون هو قتيلا لكل واحد منهما فاشتمل لفظ النبي على المعنيين وانتفى به القصاص فى الحالتين .

ويدل على صحة هذا القول وأنه غير جائز اختلاف حكم مشاركة المجنون للعاقل والمخطىء للعامد ، أن رجلا لو جرح رجلا وهو مجنون ثم أفاق وجرحه أخرى بعد الإفاقة ثم مات المجروح منهما أنه لا قود على القاتل كما لو جرحه خطأ ثم جرحه عمداً ومات منهما لم يجب عليه القود . وكذلك

لو جرحه مرتداً ثم أسلم ثم جرحه ومات من الجراحتين لم يكن على الجارح القود . وذلك يدل على معنيين .

أحدهما : أن موته من جراحتين إحداها غير موجبة للقود والأخرى موجبة يوجب إسقاط القود ولم يكن لانفراد الجراحة التى لا شبهة فيها عن الأخرى حكم فى إيجاب القود ، بل كان الحكم للتى لم توجب القود(١).

وقال محمد بن الحسن وكيف يقتل الكبير وقد شركه فى الدم من لا قود عليه ؟ ينبغى لمن قال هذا أن يقوله لو أن رجلا وصبياً سرقا سرقة واحدة أنه يقطع الرجل ويترك الصبى .

أرأيتم رجلا وصبياً رفعا سيفاً بأيديهما فضربا به رجلا ضربة واحدة فمات من تلك الضربة أتكون ضربة واحدة بعضها عمد فيه القود وبعضها خطأ ؟ فإن كان ذلك فأيهما العمد وأيهما الخطأ ؟ أرأيتم إن رفع رجلان سيفاً فضربا به أحدهما متعمدين لذلك فمات من تلك الضربة وهى ضربته وضربة صاحبه ولم ينفرد أحدهما بضربة دون صاحبه أيكون فى هذا قود ؟ ليس فى هذا قود إذ أشرك فى الدم شىء لا قود فيه ولا تبعيض فى شىء من النفس(٢).

وقد ورد فى الجصاص :

« إذا قتل اثنان رجلا أحدهما عمداً والآخر خطأ أو أحدهما مجنون والآخر عاقل فمعلوم أن المخطىء فى حكم آخذ جميع النفس فيثبت لجميعها حكم الخطأ فانتفى منهما حكم العمد إذ غير جائز ثبوت الخطأ للجميع أو حكم العمد للجميع .

ولا خلاف بين الفقهاء فى امتناع وجوب دية كاملة فى النفس ووجوب القود مع ذلك على جهة استيفائها جميعاً فوجب بذلك أنه متى وجب للنفس

---

(١) انظر ص ١٧٤ أحكام القرآن للجصاص - ج ١ .

(٢) انظر ص ٢٨١ جزء ٧ الأم للشافعى .

المتلفة على وجه الشركة شيء من الدية أن لا يثبت معه قود على أحد لأن وجوب القود يوجب ثبوت حكم العمد فى الجميع وثبوت حكم العمد فى الجميع ينفى وجوب الأرش لشيء منها »[1].

٣ ــ وقال الأوزاعى على عاقلتهما الدية .

٤ ــ وقال الشافعى إذا قتل رجل مع صبي رجلا فعلى الصبي العامد نصف الدية فى ماله وكذلك الحر والعبد إذا قتلا عبداً والمسلم والنصرانى إذاقتلا نصرانياً . قال : وإن شركه قاتل خطأ فعلى العامد نصف الدية فى ماله وجناية المخطىء على عاقلته . قال الربيع : ترك الشافعى العاقلة لأنه عمد عنده ولكنه مطروح عنه ، للصغر أو الجنون[2].

وذكر المزنى أن الشافعى احتج على محمد فى منعه إيجاب القود على العامد إذا شاركه صبي أو مجنون فقال : ان كنت رفعت عنه القتل لأن القلم مرفوع عنهما وأن عمدهما خطأ فهلا أقدت من الأجنبي إذا قتل عمداً مع الأب لأن القلم عن الأب ليس بمرفوع ؟ وهذا ترك لأصله .

قال المزنى : قد شرك الشافعى محمداً فيما أنكر عليه فى هذه المسألة لأن رفع القصاص عن المخطىء والمجنون واحـــد وكذلك حكم من شركهم فى العمد واحد .

قال الجصاص : ما ذكره المزنى عن الشافعى إلزام فى غير موضعه لأنه ألزمه عكس المعنى وإنما الذى يلزم على هذا الأصل أن كل من كان عمده خطأ أن لا يقيد المشارك له فى القتل وإن كان عامداً . فأما من ليس عمده خطأ فليس يلزمه أن يخالف بينهما فى الحكم ، بل حكمه موقوف على دليله لأنه عكس العلة وليس يلزم من اعتل بعلة فى الشرع أن يعكسها ويوجب من الحكم عند عدمها ضد موجبها عند وجودها .

---

(١) جزء ١ ص ١٧٠ .

(٢) انظر ص ٢٨١ جزء ٧ الأم للشافعى .

ورد فى المهذب :

« إن اشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمداً وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص » .

ونرى أن المقصود من هذا المثل أنه لم تعرف نية كل واحد من الضاربين .

« وإن اشترك الأب والأجنبي فى قتل الابن وجب القصاص على الأجنبي لأن مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه كمشاركة غير الأب » .

« وإن جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما لأن الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن إضافة القتل إلى واحد بعينه ولا يمكن إسقاط القصاص فوجب على الجميع[1] » .

رابعاً – تغيير وصف الجريمة بالنظر لكيفية علم الفاعل بها :

ويمكن التمثيل لهذه الحالة بالمادة ٤٤ مكررة من قانون العقوبات المصرى والتى تنص على :

« كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جناية أو جنحة مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مع الشغل لمدة لا تزيد على سنتين . وإذا كان الجانى يعلم أن الأشياء التى يخفيها متحصلة من جريمة عقوبتها أشد ، حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة » .

فلو أخفى شخصان شيئاً مسروقاً وكان أحدهما يعلم أنه سرق بطريق

---

(١) انظر ص ١٧٤ المهذب جزء ٢ .

الإكراه وكان الثانى يجهل ذلك فيعاقب الأول بعقوبة الجناية ويعاقب الثانى بعقوبة الجنحة[1].

فإذا كان الزانى يظن أن موطوءته تحل له فلا حد عليه ولا عليها وإذا كان يظن أن موطوءته لا تحل له وتظن هى أنها تحل له فالحد عليه لا عليها.

ولكن ما معيار الظن وهل يلزم أن يستند هذا الظن إلى دليل معقول — أى هل تكفى الشبهة للإعفاء من العقاب ؟

الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات :

أولا : قال الشافعية : الشبهة ثلاثة أقسام فى المحل والفاعل والجهة.

أما الشبهة فى المحل : فواطىء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه.

ولو وطىء أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الأظهر.

كذلك تكون الشبهة فى الفعل كما إذا زنى رجل بخرساء أو أخرس زنى بامرأة فلا حد عليه ، لأن الأخرس لو كان ناطقاً ربما ادعى شبهة يسقط بها الحد عن نفسه وعن صاحبه والخرس يمنعه من اظهار تلك الشبهة ولا يجوز إقامة الحد مع تمكن الشبهة بخلاف ما إذا زنى صحيح بمجنونة فعليه الحد لأن المجنونة ليست من أهل أن تدعى الشبهة وامتناع وجوب الحد لمعنى فيها وهو الجنون لا لشبهة فى الفعل فهو نظير الزنا بمستكرهة.

أما إذا سرق رجلان سرقة واحدة وأحدهما أخرس أو مجنون لا قطع على واحد منهما لأن الفعل هنا واحد فإذا لم يكن موجباً للقطع على أحدهما لا يكون موجباً على الآخر. فأما فى الزنا فكل واحد من الزانيين مباشر

---

(١) انظر ص ٢٧٣ شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى.

لفعل آخر إذ لا مجانسة بين الفعلين لأن فعله الإيلاج وفعلها التمكين فجنونها لا يعدم التمكين فلا يكن فيه نقصان فيكون فعل الرجل فى الإيلاج مخصوصاً بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد(١).

وأما الشبهة فى الفاعل :

فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظاناً أنها امرأته فلا حد ، وإذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه .

وأما الشبهة فى الجهة :

فهى كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها لا حد فيها وإن كان الواطىء يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى أو بلا شهود

ثانياً : والحنفية قسموا الشبهة قسمين :

شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه ،وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل .

فالشبهة الأولى : تتحقق فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا .

والشبهة الثانية : هى الشبهة الحكمية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته كقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » سواء ظن الحل أو علم الحرمة لأن الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الأمر علمها أحد(٢) أو لم يعلمها وشبهة الفعل فى ثمانية مواضع :

---

(١) انظر ص ١٢٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٤٠ جزء ٤ فتح القدير .

١ — أن يطأ جارية أبيه أو أمه ؛

٢ — وكذا جده وجدته وإن عليا ؛

٣ — أو زوجته ؛

٤ — أو المطلقة ثلاثاً فى العدة أو بائناً على مال ؛

٥ — وكذا المختلعة ، بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية ؛

٦ — أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته ؛

٧ — والعبد يطأ جارية مولاه ؛

٨ — والمرتهن يطأ المرهونة ، والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن .

ففى كل هذه المواضع : لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لى ، ولو قال : علمت أنها حرام على وجب الحد .

ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع ، لا حد عليهما حتى يقرا جميعاً بعلمهما الحرمة لأن الشبهة إذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت إلى الآخر ضرورة[1].

خلاصة الحكم الشرعى للشبهة

الشبهة بنوعيها تسقط الحد ، سواء كانت فى الفاعل ، كمن وطىء امرأة ظنها حليلته أو فى المحل ، بأن يكون للواطىء فيها ملك أو شبهة . كالأمة المشتركة والمكاتبة وأمة ولده ومملوكته المحرمة أو فى الطريق بأن يكون حلالا عند قوم حراماً عند آخرين ، كالنكاح بلا ولى أو بلا شهود وكل

---

(١) انظر ص ١٤٢ جزء ٤ فتح القدير والشبهة فى المحل فى ستة مواضع ذكرها صاحب فتح القدير وعند أبى حنيفة تترتب الشبهة أيضاً بالعقد وإن كان العقد يتفق على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك فى نكاح المحارم فصارت الشبهة عند أبى حنيفة ثلاثة فى الفعل والمحل والعقد وشبهة العقد أن يطأ التى تزوجها بغير شهود أو خمساً فى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام فلا حد عليه عند أبى حنيفة ولكنه يعزر وعند الباقى يجب الحد .

انظر ص ١٤٣ جزء ٤ فتح القدير .

نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوى . وإن كان الأصح تحريمه ، لشبهة الخلاف .

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء لاحتمال صدق بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا وسقط عنها لشبهة الشهادة بالبكارة .

ولا قطع لسرقة مال أهاه ، وفرعه وسيده ، وأهل سيده وفرعه لشبهة استحقاق النفقة ، وسرقة ما ظن ملكه أو ملك أبيه أو ابنه . ولو ادعى كون المسروق ملكه سقط القطع ، للشبهة . وهو اللص الظريف[1] ونظيره : أن يزنى بمن لا يعرف أنها زوجته . فيدعى أنها زوجته ، فلا حد .

ويسقط القصاص بالشبهة فلو قتل ملفوفاً وزعم موته ، صدقه الوالى ولكن تجب الدية دون القصاص للشبهة .

والشبهة لا تسقط التعزير وتسقط الكفارة .

فلو جامع ناسياً فى الصوم أو الحج فلا كفارة للشبهة .

وكذا لو وطىء على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبان خلافه فإنه يفطر ولا كفارة .

قال القفال : ولا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة . فالتحقت فى الإسقاط بالحد ، وتسقط الإثم والتحريم ، إن كانت فى الفاعل دون المحل .

شرط الشبهة

يشترط فى الشبهة أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها ولهذا يحد بوطء أمة أباحها السيد .

---

(١) فى بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٥ اللص الظريف فى قول الإمام على بن أبى طالب لا يقطع ، وهو الذى يدخل يده إلى الدار ويسرق دون أن يدخل بنفسه الدار . انظر ص ٣١ الجرائم فى الفقه الإسلامى للمؤلف ، وانظر ص ٢٦ من مقدمة هذا الكتاب عند الكلام عن الحيل .

قال السيوطى :

ولا يراعى فى الشبهة الخلاف غير الموافق لرأى الجمهور كخلاف عطاء فى إباحة الجوارى للوطء وفى سرقة مباح الأصل ، كالحطب ونحوه إذا أحرز وفى القذف على صورة الشهادة .

ولو قتل مسلم ذمياً ، فقتله ولى الذمى : قتل به وإن كان موافقاً لرأى أبى حنيفة .

ومن شرب النبيذ يحد ، ولا يراعى خلاف أبى حنيفة(١).

رأى لابن حزم :

لابن حزم رأى انفرد به هو وأصحابه فقالوا إن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » .

وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة لقول الله تعالى : تلك حدود الله فلا تعتدوها .

قال ابن حزم :

لو نظرنا فى النصوص التى يحتج بها المخالفون لوجدناها قد جاءت من طرق ليس فيها عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا كلمة وإنما هى عن بعض الصحابة من طرق كلها لا خير فيها كما أخبرنا عن سفيان الثورى عن ابراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب قال : ادرءوا الحدود ما استطعتم ، وعن ابن مسعود قال : ادرءوا الحدود ما استطعتم ، وعن أبى هريرة : ادفعوا الحدود ما وجدتم مدفعاً ، وعن ابن عمر قال : ادفعوا الحدود بالشبهات ، وعن عائشة : ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم وعن

---

(١) انظر ص ١٣٧ الأشباه والنظائر للسيوطى .

عمر بن الخطاب ، وابن مسعود كانا يقولان : ادرءوا عن عباد الله الحدود فيما شبه عليكم .

قال ابن حزم : وهى كلها لا شىء ، أما عن طريق عبد الرازق فرسل ، والذى من طريق عمر كذلك لأنه عن ابراهيم عن عمر ولم يولد ابراهيم إلا بعد موت عمر بنحو خمسة عشر عاماً ، والآخر الذى عن ابن مسعود مرسل لأنه من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود وأما حديث ابن حبيب ففضيحة لو لم يكن فيها غيره لكفى فكلها مرسلة .

قال ابن حزم : فحصل مما ذكرنا أن اللفظ الذى تعلقوا به لا نعلمه روى عن أحد أصلا : « وهو ادرءوا الحدود بالشبهات » لا عن صاحب ولا عن تابع إلا الرواية الساقطة التى أوردنا عن طريق ابراهيم بن الفضل عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر وابراهيم ساقط . وإنما جاء كما ترى عن بعض الصحابة مما لم يصح ؛ ادرءوا الحدود ما استطعتم ، وهذا لفظ إن استعمل أدى إلى إبطال الحدود جملة على كل حال ، وهذا خلاف إجماع أهل الإسلام ، وخلاف الدين ، وخلاف القرآن والسنن ، لأن كل أحد هو مستطيع أن يدرأ كل حد يأتيه فلا يقيمه ، فبطل أن يستعمل هذا اللفظ وسقط أن تكون فيه حجة .

فإن احتج أحد بما روى من طريق البخارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهة فمن ترك ما اشتبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان والمعاصى حمى الله من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه » فإن هذا صحيح وبه نقول وهو عليهم لا لهم لأنه ليس فيه إلا ترك المرء ما اشتبه عليه فلم يدر ما حكمه عند الله فى الذى تعبدنا به وهذا فرض لا يحل لأحد مخالفته ، وهكذا نقول ، إن من جهل أحرام هذا الشىء أم حلال ؟ فالورع له أن يمسك عنه . ومن جهل أفرض هو أم غير فرض ؟

فحكمه أن لا يوجبه . ومن جهل أوجب الحد أم لم يجب ؟ ففرضه أن لا يقيمه لأن الأعراض والدماء حرام لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » ، وأما إذا تبين وجوب الحد فلا يحل لأحد أن يسقطه لأنه فرض من فرائض الله تعالى(١).

الرد على ابن حزم :

وقد بالغ ابن حزم فى هذا الموضوع مبالغة أخرجته عن حد الاعتدال فحديث درء الحدود بالشبهات حديث حسن كما ورد فى كتب الحديث ؛ ودرء الحدود بالشبهات صار بهذا قاعدة عامة جرى عليها العلماء فى المذاهب المختلفة(٢).

عقوبة الشريك

يعاقب الفاعل الأصلى للجريمة بالعقوبة المنصوص عنها إن كانت حداً أو مما يقتص فيه . فإن كانت الجريمة مما يعزر فيه عوقب بالتعزير على ما يرى القاضى .

وإن كانت الجريمة ارتكبها مع الفاعل الأصلى زملاء له فاعلون أصليون يعاقبون بنفس العقوبات حسب ما ذكرنا من تفصيلات .

ولكن الصعوبة تثار إذا اشترك مع الفاعل الأصلى شركاء آخرون ولم يتعد دورهم التحريض أو الاتفاق أو المساعدة دون أن يرتكب أى منهم ما يجعله فاعلا أصلياً فهل يعاقب هذا الشريك كعقوبة الفاعل الأصلى ؟

الأصل المقرر فى الفقه الوضعى وورد فى المادة ٤١ من قانون العقوبات المصرى ، أن من اشترك فى جريمة عليه عقوبتها إلا ما استثنى بنص خاص .

---

(١) انظر ص ١٥٥ جزء ١١ المحلى . وانظر ص ١٧٦ جزء أول زاد المسلم . ومشتبهات أى مكتسبة الشبهة من وجهين متعارضين واستبرأ : أى طلب البراءة من الإثم .

(٢) أخرج هذا الحديث ابن عدى ، وابن ماجه والترمذى والحاكم والبيهقى والطبرانى . انظر مختلف الروايات فى الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٣٦ .

ولكن لا يمكن أن نسلم بهذا المبدأ على علاته فى الفقه الإسلامى ، وذلك لأن الاشتراك لا يتصور فى بعض جرائم الحدود كالقذف وشرب الخمر والزنا وحتى إذا تصورنا الاشتراك فى مثل هذه الجرائم كمن يقدم الخمر للشارب أو يقدم له الوعاء أو يحرضه على الشرب أو يحرضه على الزنا فإنه لا يعاقب بنفس العقوبة بل يعاقب بعقوبة تعزيرية فقط .

بالنسبة لجريمة السرقة

ورد فى المبسوط :

« وإن دخل البيت وأخرج المتاع بعضهم دون البعض فالقطع على من دخل البيت وأخرج إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم لأن فعل السرقة إنما تم من بعضهم وهو غير معروف بعينه فيصير ذلك شبهة فى درء العقوبة[1] » .

نستطيع أن نستخلص من هذا النص أن الشريك لا يعاقب بعقوبة الفاعل الأصلى فإذا لم نستطع أن نفرق فى جريمة السرقة بين السارق الأصلى وبين من شاركه فلا توقع عقوبة السرقة على أى منهم لعدم معرفة الفاعل من الشريك .

ورد فى فتح القدير :

ولو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا فى فعل السرقة ، لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم[2] .

---

(١) انظر ص ١٤٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٢٤٤ جزء ٤ فتح القدير .

فى جريمة قطع الطريق

يرى الحنفية أن الشريك فى جريمة قطع الطريق يعاقب بعقوبة الفاعل الأصلى لهذه الجريمة — فإن باشر القتل أحدهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه أجرى الحد على جميعهم ، فيقتلون ولو كثروا وذلك لأن المحارب يتقوى بهؤلاء الشركاء وإن لم يتدخلوا بصورة واضحة فى الجريمة بل اكتفوا بتحريضه أو مساندته أو مساعدته عن بعد .

ويرى هذا الرأى مالك وأحمد .

ورد فى المنتقى :

« وإذا قتل أحد المتحاربين ففى الموازية عن مالك وابن القاسم وأشهب إذا ولى أحد المحاربين قتل رجل ممن قطعوا عليه ولم يعاونه أحد من أصحابه قتلوا أجمعين ولا عفو فيهم لإمام ولا لولى . قال ابن القاسم ولو تابوا كلهم فإن للولى قتلهم أجمعين .

وإذا أخذ المحاربون مالا فقدر عليهم قبل التوبة فقد قال مالك وابن القاسم وأشهب فى الموازية : إن أخذ المال أحدهم فقدر عليه قبل التوبة وقبل القدرة على غيره فإنه يلزم غرم جميع ذلك المال أخذ من ذلك حصة أو لم يأخذ ولو تاب أحدهم وقد اقتسموا المال فإن هذا التائب يغرم جميع المال لأن الذى أخذ المال إنما قوى بهم .

وقال محمد بن عبد الحكم : لا نرى على كل واحد منهم إلا ما أخذ فعلى هذا سلم أشهب فى المال وفرق بينه وبين القتل وسوى بينهما ابن القاسم فى أن كل واحد منهم يؤخذ بما جنى أصحابه[1] » .

---

(١) انظر ص ١٧٤ المنتقى شرح الباجى جزء ٧ .

وعند الشافعى لا يقام الحد إلا على من باشر القتل وأخذ المال لأنه جزاء الفعل فلا يجب إلا على من باشر الفعل كباقى الحدود .

ألا ترى أنهم لو لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا لم يقم الحد على واحد منهم ، ففى حق الذين لم يأخذوا يجعل كأنهم جميعاً لم يأخذوا[1].

---

(١) انظر ص ١٩٨ جزء ٩ المبسوط .

قال ابن تيمية فى السياسة الشرعية : وإذا كان المحاربون الحرامية جماعة فالواحد منهم باشر القتل بنفسه والباقون له أعوان ورده له « عون وسند » فقد قيل أنه يقتل المباشر فقط ، والجمهور على أن الجميع يقتلون ، ولو كانوا مائه ، وأن الرده والمباشر سواء .

وهذا هو المأثور عن الخلفاء الراشدين . فإن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل ربيئة المحاربين . والربيئة هو الناظر الذى يجلس على مكان عال ، ينظر منه لهم من يجىء . ولأن المباشر إنما يمكن من قتله بقوة الرده ومعونته ، والطائفة إذا انتصر بعضها ببعض حتى صاروا ممتنعين فهم مشتركون فى الثواب والعقاب كالمجاهدين (انظر ص ٨٤) .

الفصل الثالث

نظرية تعدد الجرائم والعقوبات

فى الفقه الوضعى

الأصل أن القانون يقرر عقوبة لكل جريمة فإذا ما ارتكب الجانى جريمة استحق عقوبتها ويبدو أنه إذا ارتكب بضعة جرائم استحق كذلك أن يحكم عليه بعقوبة لكل منها وأن تنفذ عليه هذه العقوبات جميعاً .

غير أن حالة تعدد الجرائم تخضع من حيث حساب العقوبات لأحكام قانونية قد لا تستقيم دائماً مع مقتضيات هذا المنطق .

وتتعدد الجرائم فى إحدى حالتين :

١ — حالة تعدد الجرائم قبل الحكم فى إحداها :

ويقصد بها الحالة التى يرتكب فيها نفس الجانى جريمتين أو أكثر قبل أن يحكم عليه من أجل إحداها ، وذلك بغض النظر عن نوع هذه الجرائم ودون اعتبار لما إذا كانت متماثلة أو متباينة .

٢ — حالة العود :

وهى أن يرتكب المجرم جريمة أو أكثر يحكم عليه من أجلها نهائياً ثم يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة .

وقد يحدث أن شخصاً بعد صدور حكم نهائى ضده يرتكب عدة جرائم ، ففى هذه الحالة يجتمع العود مع تعدد الجرائم وتطبق القواعد الخاصة بهاتين الحالتين(١).

---

(١) انظر ص ٥٦ من موجز فى العقاب ومظاهر تفريد العقاب للدكتور على أحمد راشد ، وص ٢٠١ من الموسوعة الجنائية للأستاذ جندى عبد الملك جزء ٥ .

المبحث الأول

تعدد الجرائم

يوجد تعدد الجرائم فى العمل فى صورتين :

١ – التعدد الصورى أو المعنوى .

٢ – التعدد المادى .

أولا – التعدد الصورى :

وهو أن يرتكب الجانى فعلا واحداً ولكنه يكون جرائم متعددة تقع تحت طائلة نصوص قانونية مختلفة .

والتعدد هنا صورى لأنه فى الواقع لا تعدد مادى فى الجرائم وإنما التعدد فى تطبيق بعض نصوص قانونية وذلك كمن يستولى على مبلغ من النقود بوساطة استعمال سند دين مزور فإنه يعد مرتكباً لجريمة نصب وجريمة استعمال ورقة مزورة .

ثانياً – التعدد المادى :

ويوجد هذا التعدد إذا ارتكب الجانى عدة أفعال يكون كل منها على انفراده جريمة كمن يسرق ويقتل ويزنى . . الخ .

قد اختلفت التشريعات فى معالجة هذا الموضوع إلى آراء ثلاثة :

الرأى الأول :

أن يوقع على الجانى مجموع العقوبات الخاصة بكل الجرائم التى ارتكبها وتسمى طريقة الجمع وهذا الرأى متبع فى إنجلترا .

الرأى الثانى :

أن يوقع على الجانى أشد العقوبات المقررة للجرائم المتعددة بحث أن

العقوبة الأشد تجب جميع العقوبات الأخرى وتسمى طريقة الجب وهذا الراى متبع فى فرنسا .

وقد وجه النقد إلى كل من الطريقتين : فالطريقة الأولى عيبها الإفراط فى العقاب والثانية عيبها التفريط فيه .

لذلك تأخذ بعض التشريعات ومنها التشريع المصرى بطريقة بين الطريقتين .

فيقرر المشرع أن مجموع العقوبات لا يجوز أن يتجاوز حداً معيناً وبذلك عولج الإفراط فى العقاب كما عولج التفريط فيه بتغليظ العقوبة الأشد التى يحكم بها على المجرم دون غيرها[1] .

وتنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصرى على :

« إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها .

وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم » .

وتنص المادة ٣٣ من قانون العقوبات المصرى على :

تتعدد العقوبات المقيدة للحرية إلا ما استثنى قانوناً بنص المادتين ٣٥ و ٣٦ .

وتنص المادة ٣٤ على :

إذا تنوعت العقوبات المتعددة وجب تنفيذها على الترتيب الآتى :

أولا : الأشغال الشاقة .

ثانياً : السجن .

---

(١) انظر ص ٢٠٥ من الموسوعة الجنائية للمرحوم الأستاذ جندى عبد الملك .

ثالثاً : الحبس مع الشغل .
رابعاً : الحبس البسيط .

وتنص المادة ٣٥ على :

تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة .

وتنص المادة ٣٦ على :

إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب أن لا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنين .

وتنص المادة ٣٧ على :

تتعددالعقوبات بالغرامة دائماً .

وتنص المادة ٣٨ على :

تتعدد عقوبات مراقبة البوليس ولكن لا يجوز أن تزيد مدتها كلها على خمس سنين .

فى الشريعة الإسلامية

القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن الحدود تتداخل فلا يقام على المتهم إلا حد واحد إذا تعددت جرائمه لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر ويحصل بحد واحد[١].

---

(١) اجتمعت الأمة على التداخل رفقاً بالعباد فى ست مواطن :

١ — فى الطهارة إذا تكررت موجباتها أو اجتمعت كالغائط والملامسة ، والحدث الأصغر مع الجنابة ، والجنابة مع الحيض .

٢ — فى الصلاة كتحية المسجد مع الفرض .

٣ — فى الصوم كصيام الاعتكاف مع رمضان .

آما فى التعزير فتتعدد العقوبات بتعدد الجرائم كذلك فى جرائم القصاص أو الدية .

ونجد أيضاً أمثلة للتعدد الصورى والتعدد المادى اللذين سبق ذكرهما فى الفقه الوضعى .

التعدد الصورى :

وهو أن يرتكب الجانى فعلا واحداً ولكنه يكون جرائم متعددة .

١ — روى الإمام أحمد بإسناده أن علياً أتى بالنجاشى الشاعر قد شرب خمراً فى رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطاً لفطره فى رمضان .

٢ — روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه فضربه مائة ونفاه .

التعدد المادى : وهو نوعان :

١ - تعدد للجرائم التى من نوع واحد .

٢ — تعدد للجرائم من أنواع مختلفة .

= ٤ — فى الكفارات إذا وطىء فى نهار رمضان مراراً على الخلاف .
٥ — فى الحج بطواف العمرة فى حق القادر .
٦ — فى الحدود وهى إذا تكرر النوع الواحد واختلف السبب لكن المسبب واحد كالشرب والقذف والأموال كدية الأعضاء مع دية النفس .

وانظر ص ١٢٣ جزء ١١ لابن حزم .

« فمن أصاب حداً مرتين فصاعداً كمن زنى مرتين فأكثر قبل أن يحد فى ذلك قالت طائفة : ليس فى كل ذلك إلا حد واحد ، وقالت طائفة : عليه لكل مرة حد . ورجح ابن حزم الرأى الأول .

قال ابن حزم : وأما إن وقع على من فعل شيئاً من ذلك تضييع من الإمام أو أميره لغير ضرورة ثم شرع فى إقامة الحد فوقعت ضرورة منعت من إتمامه فواقع فعلا آخر من نوع الأول ، فقولنا وقول أصحابنا سواء يستتم عليه الحد الأول ثم يبتدىء فى الثانى ولا بد . برهان ذلك أن الحد كله قد وجب بعلم الإمام أو أميره مع قدرته على إقامة فضيع الحد ثم أحدث ذنباً آخر فلا يجزى عنه حد قد تقدم وجوبه » .

أولا — تعدد الجرائم من نوع واحد :

لا تطبق القاعدة العامة التي سبق ذكرها وهي تداخل الحدود إلا في حالة ما إذا ارتكب المتهم جرائم متعددة من نوع واحد ولم يحاكم على أي منها . ففي هذه الحالة إذا ضبط أو ثبتت عليه الجريمة بطريقة من طرق الإثبات التي حددها الشارع يطبق عليه حد واحد .

في جريمة السرقة

فإذا سرق المجرم سرقات لم يقطع بها إلا يد واحدة لأن مبنى الحدود على التداخل والزجر يتم بقطع اليد الواحدة . فإن حضر المجني عليهم جميعاً قطعت يده بخصومتهم . ولم يضمن الجاني شيئاً من السرقات التي استهلكها لأن كل واحد منهم قد استوفى الحد بخصومته بعد ما ظهرت السرقة .

وإن حضر أحدهم قطعت يده بخصومته على قول أبي حنيفة ولا يضمن شيئاً من سرقاته المستهلكة .

وعند الصاحبين هو ضامن للسرقات كلها إلا السرقة التي قطعت يده بالخصومة فيها .

وحجة الصاحبين في ذلك أن الأخذ الموجب للضمان متقرر في حق كل واحد منهم حتى لو سقط الحد بشبهة كان ضامناً لكل واحد منهم ماله . وإنما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقاً لله تعالى . ووجد ذلك في حق الذي خاصم خاصة لأن القطع في سرقته دون غيره من السرقات فإن الشرط الخصومة المظهرة للسرقة ولم يوجد ذلك في حق الباقين لأن الحاضر ليس بخصم عنهم ولأنه ما خاصم إلا في سرقته فيجعل في حقهم كأنه تعذر إقامة الحد للشبهة فيبقى الضمان واجباً لهم .

أما أبو حنيفة فيقرر بأن حضور أحد المجني عليهم كحضور باقيهم في حق السارق فإنه لا يقطع به إلا يد واحدة في الأحوال كلها . وكما لا يضمن

شيئاً لو حضروا فكذلك إذا حضر بعضهم . وهذا لأن الحد هو المستحق عليه بكل شيء والمقام عليه حد واحد بالاتفاق فيكون مسقطاً ضمان السرقات كلها ألا ترى أنه لو أقر بالسرقة والمسروق منه غائب فاجتهد الإمام وقطع يده لم يضمن للمسروق منه شيئاً وإن حضر فصدقه ضمنه(1).

قال يحي : قال مالك : الأمر عندنا فى الذى يسرق مراراً ثم يستعدى عليه أنه ليس عليه إلا أن تقطع يده لجميع من سرق منه إذا لم يكن أقيم عليه الحد قبل ذلك ثم سرق ما يجب فيه القطع قطع أيضاً .

قال الباجى : قوله فى الذى يسرق مراراً ليس عليه إلا قطع يده لجميع من سرق منه — معناه أنه لا يقطع له إلا يد واحدة وإن سرق مائة مرة لواحد أو لجماعة قبل أن يقطع . فإن قطع يده يجزىء عن ذلك كله دون زيادة ، وإن قطعت يده لسرقة شيء واحد ، أو أشياء كثيرة ، ثم سرق بعد ذلك ، فإنه يقطع أيضاً كشارب الخمر يشرب مائة مرة فلا يجلد عليه إلا جلداً واحداً كما لو شرب مرة واحدة . ثم إن جلد لشرب مرة أو مراراً ؛ فإنه يستأنف حده فيجلد كما يجلد أول مرة ولو سرق لجماعة فقام عليه واحد منهم فقطع ولا يعلم بغيرهم فقد روى ابن المواز عن مالك ذلك لكل سرقة متقدمة أقيم فيها أو لم يقم الحد(2).

فى جريمة الزنا

إذا زنا دفعات حد أيضاً لجميع هذه المرات حداً واحداً فإن كان بكراً يجلد مائة ويغرب عاماً وإن كان ثيباً يرجم .

وإنما يثور الإشكال إن زنى وهو بكر ثم زنى وهو محصن ، فهل يستحق عليه جلد مائة عن الزنا الأول والرجم عن الزنا الأخير ؟

---

(1) انظر ص ١٧٧ جزء ٩ المبسوط .
وانظر ص ٨٤ جزء ٢ منلا خسرو .
وانظر ص ٢٦٥ جزء ٤ فتح القدير .
(2) انظر ص ١٦٨ جزء ٧ المنتقى .

أم أن الرجم يجب الجلد وهو رأى المالكية .

فعندهم إن شهد عليه بالزنا وهو بكر ثم زنى وهو محصن أجزأه الرجم(١).

وردفى المدونة :

« قلت أرأيت إن شهدوا عليه أنه زنى وهو بكر ثم أحصن ثم زنا بعد ذلك ؟ قال : قال مالك كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل » .

وعند الشافعية قولان :

١ ـ أحدهما أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب لأنهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا كما لو وجب حدان وهو بكر .

٢ ـ الثانى أنه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان فلم يدخل أحدهما فى الآخر كحد السرقة والشرب فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب لأن التغريب يحصل بالرجم(٢).

كما ورد فى المدونة :

قلت : أرأيت إن أقر أو شهدت عليه الشهود أنه زنى بعشر نسوة واحدة بعد واحدة قال : قال مالك حد واحد يجزئه(٣).

---

(١) انظر ص ١٥٤ جزء ٨ الذخيرة .

(٢) انظر ص ٢٦٧ جزء ٢ المهذب ، وانظر ص ١٥٤ جزء ٢ الميزان للشعرانى : ومن ذلك قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وأحمد فى إحدى روايتيه أنه لو زنى بكراً ثم زنى محصناً لا يجمع عليه الجلد قبل الرجم وإنما الواجب الرجم خاصة مع قول أحمد فى إحدى روايتيه أنه يجمع عليه الجلد قبل الرجم فالأول مخفف والثانى مشدد فرجع الأمر إلى مرتبتى الميزان ، ولعل ذلك راجع إلى اجتهاد الإمام . ويصح حمل الأول على من حصل عنده شدة ندم على ما وقع فيه والثانى على من لم يحصل له ندم فيكون ذلك أبلغ فى تطهيره .

(٣) انظر ص ١٢ جزء ١٦ المدونة .

اتفق الفقهاء على أنه إذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد إذا لم يحد لواحد منها .

واختلفوا فيما إذا قذف جماعه .

فقال مالك[1] وأبو حنيفة والثوري وأحمد في رواية : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم . وعمدة قولهم :

١ ـ حديث أنس وغيره أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فرفع ذلك للنبي فلاعن بينهما ولم يحده لشريك .

٢ ـ أن عمر رضى الله عنه جلد الشهود على المغيرة حداً واحداً مع أن كل واحد منهم قذف المغيرة والمزنى بها .

٣ ـ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حد قذفة عائشة رضى الله عنها ثمانين، رواه أبو داود . مع أنهم قذفوا عائشة رضى الله عنها وصفوان ابن المعطل .

٤ ـ القياس على حد الزنا .

٥ ـ احتجاج الرأى الآخر بالقياس على قذف الزوج زوجاته الأربع يحتاج للعانات أربع مدفوع بالفرق بينهما بوجوه :

(أ) إن اللعان أيمان والأيمان لا تتداخل فلو وجب لجماعة أيمان لم تتداخل بخلاف الحدود .

(ب) إن أحكام اللعان لما تعددت واختلفت وهى توجب الحد على المرأة وانتفاء النسب والميراث وتأبد التحريم ووقوع الفرقة أمكن ثبوت براءة هـذه دون هذه بحد أو بغير ذلك من الأحكام

---

(١) انظر ص ١٤٨ جزء ٧ الباجى ، وانظر ص ١٦٠ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

فناسب إفراد كل واحدة بلعان لتوقع ثبوت بعض تلك الأحكام فى بعض دون الباقى .

والمقصود بحد القذف واحد وهو التشفى وذلك يحصل بجلد واحد .

(ج) إن الزوجية مطلوبة للبقاء فناسب التغليظ بالتعدد وليس بين القاذف والمقذوف ما يقتضى ذلك .

٦ — احتجاج الرأى الآخر بأن حد القذف حق لآدمى فلا يدخله التداخل كالغصب أو غيره وبأنه لا يسقط بالرجوع فلا يتداخل كالإقرار بالمال ؛ مدفوع بأنه لا يتكرر فى الشخص الواحد فلو غلب فيه حق الآدمى لم يتداخل فى الشخص الواحد كما لم يتداخل الإتلاف[1].

وقال قوم : بل على قاذف الجماعة لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث ورواية أخرى لأحمد ، وروى عن الحسن بن حي : أنه إذا قال إنسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وحجة هؤلاء : أن القذف حق للآدميين وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد .

وقالت طائفة : إن جمعهم فى كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد وإن قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل إنسان منهم حد . وحجتهم أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد وهو قول الشعبى[2].

وقال صاحب المهذب :

وإن قذف جماعة نظرت ، فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد لأن الحد يجب لنفى العار ولا عار على المقذوف لأنا نقطع بكذبه ويعزر للكذب .

---

(١) انظر ص ٢٠٣ جزء ٤ من تهذيب الفروق مطبوع على هامش الفروق للقرافى .

(٢) انظر ص ٣٦٩ جزء ٢ بداية المجتهد .

وانظر ص ٢٣١ جزء ٣ الجصاص .

وإن كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت ، فإن كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل منهم حد وإن قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان :

قال فى المذهب القديم : يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد .

وقال فى مذهبه الجديد : يجب لكل واحد منهم حد وهو الصحيح لأنه الحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف .

وإن وجب لأحدهما قبل الآخر قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما فى حالة واحدة بأن قذفهما معاً أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة .

وإن قال لزوجته : يا زانية بنت الزانيةوهما محصنتان لزمه حدان(١) .

ولكن هل يشترط لتطبيق هـــذه القواعد أن يقذفه بذلك الزنا نفسه أم بزنا آخر ؟

القاعدة أنه لا فرق بين أن يقذفه بذلك الزنا نفسه أم بزنا آخر فمن يقذف شخصاً بالزنا ثم يقذفه بنفس الزنا أو بزنا آخر لا يجب عليه إلا حد واحد وإنما يثور الإشكال إذا قذفه بالزنا ثم حد ثم قذفه بنفس الزنا — فالراجح أنه لا يحد فى الثانى إنما يعزر للأذى ولا يحد لأن أبا بكرةشهد على المغيرة بن شعبة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه . ثم أعاد القذف وأراد عمر أن يجلده فقال له على كرم الله وجهه : إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك . فترك عمر رضى الله عنه جلده لأنه قد حصل تكذيبه بحده(٢) .

---

(١) انظر ص ٢٧٥ جزء ٢ المهذب . وانظر ص ١٥٠ الجرائم فى الفقه الإسلامى .

(٢) انظر ص ٢٧٥ من نفس المرجع . والمقصود بقوله فارجم صاحبك أن أبا بكرة لما جلد حد القذف أول مرة صار محكوماً عليه بالكذب فمهما قذف بعد ذلك فمفروض فيه أنه =

القذف أثناء الحد :

إذا قذف رجل آخر وعند إقامة الحد عليه قذف آخر أو قذف الذى يجلده فقد اختلف الفقهاء :

١ — قال البعض « المالكية » إنه يضرب الحـــد ثمانين من وقت أن يقذف ولا عبرة بما ضرب من الحد الأول مستندين فى ذلك على ما ورد فى المدونة : أرأيت الذى يقذف رجلا فلما ضرب أسواطاً قذف آخر أو قذف الذى يجلده قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً . وأرى أن يضرب الحد ثمانين مبتدأ ذلك من حين يقذف ولا يعتمد بما مضى من الأسواط . قلت : وافتراؤه عندك على هذا الذى يجلد له وافتراؤه على غيره سواء بعد ما قد ضرب أسواطاً ؟ قال : نعم وهو على ما وصفت لك فى هذا كله . قال : وقال مالك ولو أن رجلا قذف رجلا بحد فضرب له ثم إذا قذفه بعد ذلك ضرب له أيضاً فكذلك هذا عندى يبتدأ به[1].

وقد ورد فى المنتقى عن ذلك :

« ومن قذف فحد فى القذف فلم يكمل جلده حتى قذف رجلا آخر فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون إن كان مضى مثل السوط والأسواط اليسيرة — قال أشهب والعشرة أسواط يسيرة — قال ابن الماجشون : فإنه يتمادى ويجزيه لهما . قال ابن القاسم فى الموازية : إذا جلد من الحد الأول شيئاً ثم قذف ثانياً فإنه يستأنف من حين الثانية وبه قال ربيعة . وإن بقى مثل سوط أو أسواط أتم ثم ابتدأ حداً ثانياً . قال ابن المواز : إذا لم يبق إلا أيسر الحد مثل العشرة والخمسة عشر فليتم الحد ثم يؤتنف . قال أشهب وإن ضرب نصف الحد أو أكثر أو أقل قليلا فليؤتنف حينئذ قال ابن

= كذاب لا يعول على قذفه ولو جلدناه بعد ذلك لكان فى ذلك تصديق له وتصديقه مدعاة إلى رجم المغيرة . هذا هو فهمنا فى هذه العبارة والله أعلم .

(١) انظر ص ٤٧ جزء ١٦ المدونة .

الماجشون : إن مضى مثل الثلاثين والأربعين ونحوهما ابتدأ لهما فيجيء على قول أشهب أنه على ثلاثة أقسام :

قسم إذا ذهب اليسير تمادى وأجزأ الحد لهما ،

وقسم ثان إذا مضى نصف الحد أو ما يقرب منه استؤنف لهما فكان من حد الأول ثم يتم للمقذوف الثانى بقية حده من حين قذف ؛

وقسم ثالث : أن لا يبقى إلا اليسير من الحد الأول فإنه يتم الحد الأول ثم يستأنف للثانى .

وعلى مذهب ابن القاسم على قسمين :

أحدهما : أنه متى مضى شيء من الحد الأول أنه يستأنف من حين القذف الثانى لهما ولا يحسب بما مضى من الحد الأول ؛

والقسم الثانى : أن يبقى اليسير فيتم حد الأول ثم يستأنف الحد الثانى فلا يتداخل الحدان(١).

٢ ــ وقال البعض « الحنفية » إذا أقيم على القاذف تسعة وسبعون صوتاً ثم قذف آخر لم يضرب إلا ذلك السوط الواحد لأن مبنى الحدود على التداخل . والمغلب عند الحنفية فى حد القذف حق الله تعالى ولهذا لو قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد . وقد اجتمع الحدان هنا لأن كمال الحد الأول بالسوط الذى بقى فلهذا يدخل أحدهما فى الآخر ولا يقام إلا ذلك السوط وتوضيح ذلك أن المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المقذوف وذلك يحصل فى حقهما بإقامة السوط لأنه يصير محكوماً بكذبه وتسقط شهادته(٢).

---

(١) انظر ص ١٤٩ جزء ٧ المنتقى .
(٢) انظر ص ٧١ جزء ٩ المبسوط ، ٢٠٨ فتح القدير جزء ٤ .

جريمة القتل والجراح :

إذا قتل الواحد جماعة فيرى أبو حنيفة ومالك أنه ليس عليه إلا القود ولا يجب عليه شيء آخر بعده .

ويرى الشافعي أنه إن قتل واحداً بعد واحد قتل بالأول وللباقين الديات وإن قتلهم في حالة واحدة أقرع بين أولياء المقتولين فمن خرجت قرعته قتل به وللباقين الديات . وقال أحمد إذا قتل واحد جماعة فحضر الأولياء وطلبوا القصاص قتل بجماعتهم ولا دية عليه وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص ووجبت الدية لمن طلبها وإن طلبوا الدية كان لكل واحد الدية كاملة .

وإذا جنى رجل على رجل فقطع يده اليمنى ثم على آخر فقطع يده اليمنى وطلب منه القصاص قطعت يده لهما وأخذ منه دية أخرى لهما وهو قول أبي حنيفة وقال مالك أنه تقطع يمينه بهما ولا دية عليه .

وقال الشافعي يقطع يمينه للأول ويغرم الدية للثاني وإن كان قطع يديهما دفعة واحدة أقرع بينهما كما في النفس .

وكذا إذا اشتبه الأمر فعند أبي حنيفة إنهما إن طلبا القصاص قطع لهما ولا دية وإن طلب أحدهما القصاص وأحدهما الدية قطع لمن طلب القصاص وأخذت الدية للآخر(١).

ويجب أن نعلم أن قاعدة التداخل لا تطبق إلا إذا كانت العقوبة لم توقع في أي من هذه الجرائم فإذا كان الجاني قد زنى مراراً أو سرق مراراً أو شرب الخمر مراراً أو قذف مراراً فلا يحد إلا حداً واحداً عن كل جريمة من هذه الجرائم التي من نوع واحد .

فإذا عاد وارتكب الجريمة مرة ثانية فلا يجزىء هذا الحد ، بل يحد حداً جديداً .

---

(١) انظر ص ١٤٣ جزء ٢ الميزان للشعراني .

ورد فى فتح القدير :

ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحداً مراراً أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات ولا يحد ثانياً إلا إذا كان بقذف آخر مستأنف .

حكى أن ابن أبى ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال : يا للعجب لقاضى بلدنا أخطأ فى مسألة واحدة فى خمسة مواضع .

الأول : أخذه بدون طلب المقذوف .

الثانى : لو خاصم وجب حد واحد .

الثالث : أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغى أن يتربص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول .

الرابع : ضربه فى المسجد .

الخامس : ينبغى أن يتعرف أن والديه فى الأحياء أولا فإن كانا حيين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن[1].

ثانياً ــ تعدد الجرائم من أنواع مختلفة :

إذا ارتكب الجانى جرائم متعددة كالزنا والسرقة والقذف يحد لكل منهما حداً على حدة .

فإذا زنى وقذف وشرب وسرق وثبتت هذه الجرائم عند الحاكم تجب الحدود المختلفة عن هذه الجرائم لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الأنساب ومن حد القذف صيانة الأعراض . وهذا عند الأئمة الثلاثة : أبى حنيفة والشافعى وأحمد[2].

---

(١) انظر ص ٢٠٨ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٦٩ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

وقد وجدنا رأياً عند المالكية يقول : إن كان الحدان بسببهما من جنس واحد ، مثل حد الخمر وحد القذف ، أو حد القذف وحد الزنى ، فلا يخلو أن يكون عدد الحدين سواء ، أو مختلفاً ، فإن تساويا كحد الخمر والقذف فإنهما يتداخلان . قاله مالك .

قال ابن القاسم : وسواء اجتمعا أو افترقا . ووجه ذلك أنهما حدان عددهما وجنسهما واحد فوجب أن يتداخلا كما لو كان سببهما واحداً .

وأما إذا كان عددهما يختلف مثل أن يزنى ويقذف فقد اختلف المالكية فيه : فقال ابن الماجشون : يجزىء أكثرهما عن أقلهما لأن هذين حدان من جنس واحد فوجب أن يتداخلا .

وقال ابن القاسم لا يجزىء أحدهما عن الآخر ولا بد من إقامتهما لأن هذين حدان يختلف عددهما فلا يتداخلان كما لو كانا من جنسين مختلفين(١).

ترتيب تنفيذ العقوبات :

إن ثبت على رجل الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقوء عين رجل يبدأ بالقصاص فى العين لأنه خالص حق العبد ، فإذا شفى يحد للقذف لأنه مشوب بحق العبد فإذا شفى فالإمام بالخيار إن شاء بدأ بحد الزنا إن كان غير محصن وإن شاء بدأ بحد السرقة لأن كلا حق الله تعالى : وهو ثابت بالنص ويجعل حد الشرب آخر الحدود .

وكلما أقام الإمام حداً حبسه حتى يبرأ لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الإمام مضيعاً للحدود وهو منهى عن ذلك .

وعند البعض للإمام أن يتابع بين الحدين إن رأى أن المتهم يتحمل ذلك .

---

(١) انظر ص ١٤٦ المنتقى شرح الموطأ جزء ٣ ، وانظر ص ١٤٩ جزء ٧ المنتقى .

ورد فى المدونة :

« وإن اجتمع عليه جلد حد الزنا وحد الخمر أقيما عليه جميعاً قلت : أيتابع الإمام بين الحدين أم يحبسه بعد ضرب حد الزنا حتى إذا خف من ضربه ذلك ضربه حد الخمر ؟ قال : قد أخبرتك أن ذلك إلى الإمام عند مالك . يرى فى ذلك رأيه ويجتهد إن رأى أن يجمعهما عليه جمعهما . وإن رأى أن لا يجمعهما عليه ورأى أن يفرقهما فذلك إليه وإنما هذا على اجتهاد الإمـــام(1) » .

أما إذا كان الزانى محصناً فى المثل الذى ذكرناه آنفاً يقتص منه فى العين ثم يضربه الإمام حد القذف ثم يرجمه لأن حد السرقة والشرب خالص حق الله ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس ، قتل وترك ما سوى ذلك ، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس . والمعنى أن المقصود الزجر له والمنع لغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لأنه يجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فلهذا يضمنه فيؤمر بإيفائها من تركته(2).

وورد فى الذخيرة للقرافى :

« إن سرق وزنى وهو محصن رجم ولم يقطع لأن القطع يدخل فى القتل . وكل حد لله أو قصاص اجتمع مع قتل اجزأ القتل إلا فى حد القذف يقام قبل القتل لحجة المقذوف فى عار القذف(3) » .

ونجمل ما قدمناه جميعه فى أنه إذا اجتمعت الحدود لم تخل من أقسام ثلاثة :

١ ــ القسم الأول : أن تكون الحدود خالصة لحق الله تعالى .

---

(١) انظر ص ٤٨ المدونة جزء ١٦ .

(٢) انظر ص ٢٠٩ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٥٤ جزء ٨ الذخيرة مخطوط .

٢ ـ القسم الثانى : أن تكون الحدود خالصة لحق آدمى .
٣ ـ القسم الثالث : أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين .
وتفصيل ذلك :

أولا ـ الحدود الخالصة لله تعالى :

إذا كانت الحدود خالصة لله تعالى فهى نوعان :

النوع الأول :

أن يكون فيها قتل مثل أن يسرق ويزنى وهو محصن ويشرب الخمر ويقتل فى المحاربة فهذا يقتل ويسقط سائرها وهو قول ابن مسعود وعطاء والنجعى وحماد ومالك[١] وأبو حنيفة[٢].

وحجتهم قول ابن مسعود . قال سعيد : حدثنا حسان بن على ، حدثنا مجالد عن عامر عن مسروق عن عبدالله قال : حدثنا هشيم أخبرنا حجاج عن ابراهيم والشعبى وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك وهذه أقوال انتشرت فى عصر الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكانت إجماعاً ، ولأنها حدود الله تعالى فيها قتل فسقط ما دونه كالمحارب إذا قتل وأخذ المال فإنه يكتفى بقتله ولا يقطع ، ولأن هذه الحدود تنفذ لمجرد الزجر ومع القتل لا حاجة إلى الزجر ولا فائدة فيه فلا يشرع ، ويفارق القصاص فإن فيه غرض التشفى والانتقام ولا يقصد منه مجرد الزجر فإذا ثبت هذا فإنه إذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة فينبغى أن يقتل للمحاربة ويسقط الرجم لأن فى القتل للمحاربة حق آدمى فى القصاص وإنما أثرت المحاربة فى تحريمه وحق الآدمى يجب تقديمه .

وقال الشافعى يستوفى جميعها .

---

(١) قلت : أرأيت الرجل يسرق ويزنى وهو محصن فاجتمع عليه ذلك عند الإمام . قال : قال مالك يرجم ولا تقطع يمينه لأن القطع يدخل فى القتل .
(٢) انظر تفصيل الموضوع فى المبسوط جزء ٩ ص ١٠١ .

النوع الثانى :

أن لا يكون فيها قتل فإن جميعها يستوفى من غير خلاف يعلم ويبدأ بالأخف فإذا شرب وزنى وسرق حد للشرب أولا ثم حد للزنا ثم قطع للسرقة . وإن أخذ المال فى المحاربة قطع لذلك ويدخل فيه القطع للسرقة ، ولأن محل القطعين واحد تداخلا كالقتلين وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة لأن كل واحد منهما ثبت بنص القرآن ثم بحد للشرب[1].

ثانياً ـ الحدود الخالصة للآدمى :

وهى القصاص وحد القذف فهذه تستوفى كلها ويبدأ بأخفها فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لأنها حقوق الآدميين أمكن استيفاؤها فوجب كسائر حقوقهم وهذا قول الأوزاعى والشافعى والحنابلة .

وقال أبو حنيفة : يدخل ما دون القتل فيه احتجاجاً بقول ابن مسعود وقياساً على الحدود الخالصة لله تعالى .

ثالثاً ـ أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين :

وهذه ثلاثة أنواع :

النوع الأول :

أن لا يكون فيها قتل فهذه تستوفى كلها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، ويضرب حد الزنا عند مالك قبل ضرب الفرية إذا اجتمعا على الرجل جميعاً

---

(١) قال صاحب المغنى : ولنا أن حد الشرب أخف فيقدم كحد القذف ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه فى السنة ومجمع على وجوبه وهذا التقديم على سبيل الاستحباب ولو بدأ بغيره جاز ولا يوالى بين هذه الحدود لأنه ربما أفضى إلى تلفه ، بل متى برأ من حد أقيم الذى يليه ، انظر ص ٣٢٢ جزء ١٠ .

لأن حد الزنا لا عفو فيه على حال وحد الفرية فيه العفو قبل أن ينتهى به صاحبه إلى الإمام قال : أحب ذلك إلى أن يبدءوا بحد الزنا .

وعن مالك أن حدى الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما كالقتلين والقطعين .

وورد فى المدونة :

قال : وقال مالك إذا قذف وسكر أو شرب الخمر ولم يسكر جلد الحد حداً واحداً وإن كان قد سكر جلد حداً واحداً لأن السكر حده حد الفرية لأنه إذا سكر افترى فحد الفرية يجزئه منها ألا ترى أنه لو افترى ثم افترى وضرب حداً واحداً كان هذا الحد بجميع تلك الفرية . وكذلك السكر والفرية إذا اجتمعا دخل حد السكر فى الفرية والخمر يدخل فى حد السكر ألا ترى أنه لا يسكر منها حتى يشربها فلما كان حد السكر داخلاً فى حد الفرية علمنا أن حد الخمر أيضاً داخل فى حد السكر لأنه لا يسكر منها إلا بعد أن يشربها[1].

وقال صاحب المغنى فى ذلك :

« إنها حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ولا نسلم استواءهما فإن حد الشرب أربعون وحد القذف ثمانون ، وإن سلم استواؤهما لم يلزم تداخلهما لأن ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولها فى حد الزنا لأن الأقل مما يتداخل ؛ يدخل فى الأكثر ، وفارق القتلين والقطعين لأن المحل يفوت بالأول فيتعذر استيفاء الثانى وهذا بخلافه . فعلى هذا يبدأ بحد القذف لأنه اجتمع فيه معنيان خفته وكونه حقاً لآدمى شحيح إلا إذا قلنا حد الشرب أربعون فإنه يبدأ به لخفته ثم بحد القذف وأيهما قدم فالآخر يليه ثم بحد الزنا فإنه لا إتلاف فيه ثم بالقطع هكذا ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب يبدأ بالقطع قصاصاً لأنه حق آدمى متمحض

(١) انظر ص ٤٨ جزء ١٦ المدونة .

فإذا برأ حد للقذف إذا قلنا هو حق آدمى ثم يحد للشرب فإذا برأ حد للزنا لأن حق الآدمى يجب تقديمه لتأكيده » .

النوع الثانى :

أن تجتمع حدود لله تعالى وحدود الآدمى وفيها قتل .

ففى هذه الحالة تدخل حدود الله فى القتل سواء كان من حدود الله كالرجم فى الزنا والقتل فى المحاربة أو الردة أو لحق آدمى كالقصاص وأما حقوق الآدمى فتستوفى كلها ثم إن كان القتل حقاً لله تعـــالى استوفيت الحقوق كلها متوالية لأنه لا بد من فوات نفسه فلا فائدة فى التأخير ، وإن كان القتل حقاً لآدمى انتظر باستيفائه الثانى برأه من الأول لوجهين :

١ ــ أن الموالاة بينهما يحتمل أن تفوت نفسه قبل القصاص فيفوت حق الآدمى .

٢ ــ أن العفو جائز فتأخـــيره يحتمل أن يعفو الولى فيحيا بخلاف القتل حقا لله تعالى .

ورد فى المدونة :

قلت : أرأيت إذا وجب على الرجل القصاص فى بدنه للناس وحدود الله اجتمع ذلك عليه . بأيهم يبدأ ؟ قال : يبدأ بما هو لله فإن كان فيه محتمل أن يقام عليه ما هو للناس مكانه أقيم عليه ذلك أيضاً وإن خافوا عليه أخروه حتى يبرأ ويقوى ثم يقام عليه ما هو للناس لأن مالكاً قال فى الرجل يسرق ويقطع يد رجل أنه يقطع فى السرقة لأن القصاص ربما عفى عنه والذى هو لله لا عفو فيه فمن هناك يبدأ به[1].

وورد فيها أيضاً :

قلت أرأيت إن شهدوا عليه أنه زنى وهو بكر ثم أحصن ثم زنا بعد

---

(١) انظر ص ١٢ جزء ١٦ .

ذلك قال : قال مالك : كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل والقتل يأتى على جميع ذلك إلا الفرية فإن الفرية تقام ثم يقتل ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لأنه إنما يضرب حد الفرية لئلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلأن حد الفرية يعرض له بأن يقال له لأنك كذلك(١).

وعند الشافعية :

إن قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق تقدم حق الآدمى من القتل والقطع وسقط حق الله تعالى لأن حق الآدمى بنى على التشديد فقدم على حق الله تعالى(٢).

النوع الثالث :

أن يتفق الحقان فى محل واحد ويكون تفويتاً كالقتل والقطع قصاصاً وحداً فإن كان فيه ما هو خالص لحق الله كالرجم فى الزنا وما هو حق لآدمى كالقصاص قدم القصاص لتأكد حق الآدمى(٣). وإن اجتمع القتل — كالقتل فى المحاربة — والقصاص ، بدىء بأسبقهما لأن القتل فى المحاربة فيه حق لآدمى أيضاً فيقدم أسبقهما ، فإن سبق القتل فى المحاربة استوفى

---

(١) انظر ص ١٢ جزء ١٦ .

(٢) انظر ص ١٨٣ جزء ٢ المهذب ، وانظر ص ١٣٩ المبسوط جزء ٩ .

وورد فى الميزان للشعرانى ص ١٦٨ جزء ٢ :

قال أحمد وأبو حنيفة : إنه لو زنى رجل وشرب الخمر وسرق ووجب عليه القتل فى المحاربة أو غيرها قتل ولم يقطع ولم يجلد لأنها من حقوق الله تعالى وهى مبنية على المسامحة وقد أتى القتل عليها فغمرها لأنه الغاية .

وقال الشافعى : أنها تستوفى جميعها من غير تداخل على الإطلاق .

ووجه القول الأول : أن الحدود لا تختلف فى مثل ذلك لكونها راجعة إلى الردع والزجر .

ووجه القول الثانى : أن كل واحد يجب فيه الحد الذى شرع له كالحكم فيما إذا تفرق على أشخاص متعددة فلا يقوم حد مقام حد .

(٣) انظر المبسوط جزء ٩ ص ١٨٥ .

ووجب لولى المقتول الآخر ديته فى مال الجانى ، وإن سبق القصاص قتل قصاصاً ولم يصلب لأن الصلب من تمام الحد وقد سقط الحد بالقصاص فسقط الصلب كما لو مات ، ويجب لولى المقتول فى المحاربة ديته لأن القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص فصار الوجوب إلى الدية ، وهكذا لو مات القاتل فى المحاربة وجبت الدية فى تركته لتعذر استيفاء القتل من القتل ، ولو كان القصاص سابقاً فعفا ولى المقتول استوفى للمحاربة سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية وهذا مذهب الشافعى .

وأما القطع ؛ فإذا اجتمع وجوب القطع فى يد أو رجل قصاصاً وحداً قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه سواء تقدم سببه أو تأخر . وإن عفا ولى الجناية استوفى الحد فإذا قطع يداً وأخذ المال فى المحاربة قطعت يده قصاصاً وينتظر برؤه فإذا برأ قطعت رجله للمحاربة لأنهما حدان ، وإنما قدم القصاص فى القطع دون القتل لأن القطع فى المحاربة حد محض وليس بقصاص والقتل فيها يتضمن القصاص ولهذا لو فات القتل فى المحاربة وجبت الدية ولو فات القطع لم يجب له بدل ، وإذا ثبت أنه يقدم القصاص على القطع فى المحاربة فقطع يده قصاصاً ، فإن رجله تقطع ، وهل تقطع يده الأخرى ؟

ننظر : فإن كان المقطوع بالقصاص قد كان يستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقى من العضوين اللذين استحق قطعهما لأن محل القطع ذهب بعارض حادث فلم يجب قطع بدله كما لو ذهبت بعدوان أو بمرض .

وعلى هـــذا لو ذهب العضوان جميعاً سقط القطع عنه بالكلية ، وإن كان سبب القطع قصاصاً سابقاً على محاربته أو كان المقطوع غير العضو الذى وجب قطعه فى المحاربة مثل أن وجب عليه القصاص فى يساره بعد وجوب قطع يمناه فى المحاربة فهل تقطع اليد الأخرى للمحاربة ؟

قولان بناء على الروايتين فى قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه .

وإن سرق وأخذ المال فى المحاربة قطعت يده اليمنى لأسبقهما فإن كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى فى مقام واحد وحسمتا ، وهل تقطع يسرى يديه للسرقة ؟ روايتان ، فإن قلنا تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة لأنهما حدان ، وإن كانت السرقة سابقةقطعت يمناه للسرقة ولا تقطع رجله للمحاربة حتى تبرأ يده . وهل تقطع يسرى يديه للمحاربة ؟ على وجهين(١) .

القتل والجراح

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ ، أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا .

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميماً للأول لأن القتل فى الأعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفى الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة .

وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه وإن شاء قال اقتلوه .

وقال الصاحبان يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء ، فيجمع بينهما . وعند أبى حنيفة ، أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أو لأن

---

(١) انظر ص ٣٢٤ جزء ١٠ المغنى .

الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى او صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد . وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة[1].

وإن قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر لأنا إذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع وإذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول وإذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط أحدهما ويخالف إذا قتل اثنين لأنه لا يمكن إيفاء الحقين فقدم السابق .

وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الأصبع للأول ثم قطعت اليد للثاني ويدفع إليه أرش الأصبع . ويخالف ما إذا قطع ثم قتل حيث قلنا إنه يقطع للأول ويقتل للثاني ولا يلزمه لنقصان اليد شيء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد واليد تنقص بنقصان الأصبع ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الأصابع .

وإن قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يد آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ويخالف ما إذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل وإن كان سابقاً لأن هناك يمكن إيفاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد وهنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الأصبع[2].

وإن قتل واحد جماعة أو قطع عضواً من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون فإن قتل أو قطع واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية السبق . وإن سقط حق الأول بالعفو له اقتص منه للثاني وإن سقط حق الثاني اقتص للثالث وهكذا .

---

(١) انظر ص ٢٨٣ تكلمة فتح القدير جزء ٨ .

(٢) انظر ص ١٨٣ جزء ٢ المهذب .

وإذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كما لو مات القاتل أو زال طرفه .

وإن قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزيةلبعضهم على بعض فقدم بالقرعة فإن خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم .

وإن قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان :

١ — أن حكمه حكم ما لو قتلهم فى غيرالمحاربة .

٢ — أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى[١].

وتجب الدية على الجماعة إذا اشتركوا فى القتل وتقسم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بين الجماعة على عددهم كغرامة المال فإن اشترك فى القتل اثنان وهما من أهل القود فللولى أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وإن كان أحدهما من أهل القود والآخر من أهل الدية فله أن يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية[٢].

فإذا اشترك ثلاثة فى جرح رجل ومات المجروح ثم ادعى أحدهم أن جراحته اندملت وأنكر الآخران وصدق الولى المدعى نظرت : فإن أراد القصاص قبل تصديقه لم يجب على المدعى إلا ضمان الجراحة لأنه لا ضرر على الآخرين لأن القصاص يجب عليهما فى الحالين وإن أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لأنه يدخل الضرر على الآخرين لأنه إذا حصل القتل من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية وإذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية والأصل براءة ذمتهما مما زاد على الثلث[٣].

---

(١) انظر ص ١٨٣ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٩١ المهذب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ .

قاطع الطريق

قال الله تعالى :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

فإذا ارتكب قاطع الطريق جريمة سرقة فقط أو جريمة قتل فقط أو سرقة وقتل فكيف تنفذ عليه العقوبة ؟

تختلف أحوالهم باختلاف ما ارتكبوه على النحو الآتى :

١ ـــ أن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً ولم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم فى الحبس أو يموتوا . وقال البعض يعزرون ويخلى سبيلهم وهو خلاف المعروف .

٢ ـــ أن يؤخذوا بعد أن أخذوا مال مسلم أو ذمى وكان المأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم نصاب أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الإمام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى وهو رأى الحنفية والشافعى .

وقال مالك : يحكم عليه بحكم المحارب ، فإن الله تعالى وقت على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام القطع فى السرقة فى ربع دينار ولم يوقت فى الحرابة شيئاً ، بل ذكر جزاء المحارب .

قال القاضى ابن العربى : كنت فى أيام حكمى بين الناس إذا جاءنى أحد بسارق ، وقد دخل الدار بسكين يحبسه على قلب صاحب الدار وهو نائم ، وأصحابه يأخذون مال الرجل حكمت فيهم بحكم المحاربين ، فافهموا

هذا من أصل الدين ، وارتفعوا إلى يفاع العلم عن حضيض الجاهلين[١].

٣ — أن يؤخذوا بعد أن قتلوا مسلماً أو ذمياً ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الإمام حداً ومعنى حداً أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره ، فمن عفا عنهم عصى الله تعـــالى .

وورد فى قاضيخان أنه يقتل قصاصاً فى هذه الحالة ،

٤ — أن يؤخذوا بعد أن أخذوا المال وقتلوا النفس ،

فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وإن شاء قتلهم بلا صلب وقطع وإن شاء صلبهم أحياء ثم قتلهم وهذا قول أبي حنيفه وزفر[٢].

وذكر الطحاوى أنه لا يصلبه قبل القتل فإن ذلك مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور .

وقال أبو يوسف : لا بد من الصلب للنص فى الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبهذا الرأى قال الشافعى وأحمد . وقال أبو يوسف : يترك على الخشبة أبداً إلى أن يسقط لتحقيق معنى الخزى وليعتبر به غيره[٣].

وقال محمد : لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب .

وفى عامة الروايات ذكر أبو يوسف مع محمد . وبه قال مالك إن كان القاطع ذا رأى . والشافعى وأحمد مع أبي يوسف فى أنه لا بد من الصلب ومع محمد فى أنه لا يقطع . وحجتهم أنه جناية واحدة هى جناية قطع الطريق

---

(١) انظر ص ١٥٤ جزء ٦ القرطبى واليفاع أعلى الجبل ومنه غلام يفعه إذا ارتفع إلى البلوغ ، والحضيض . القرار من الأرض عند منقطع الجبل .

(٢) وصفة الصلب عند أبي حنيفة على المشهور من رواياته أن يصلب حياً ويبعج بطنه برمح إلى أن يموت ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، انظر ص ١٦٨ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

(٣) انظر المبسوط ص ١٣٥ جزء ٩ ، وانظر أحكام القرآن للقرطبى ص ١٥١ جزء ٦ .

فلا توجب حدين . ولأن ما دون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس كحد السرقة والرجم إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقاً .

وحجة أبى حنيفة وأبى يوسف على اعتبار أن أبا يوسف مع أبى حنيفه لا مع محمد أن هذه الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضاً عقوبة واحدة وإنما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية فى تفويت الأمن حيث فوت الأمن على المال والنفس بالقتل والأخذ للمال . وكونها أموراً متعددة لا يستلزم تعدد الحدود فى قطع الطريق ألا يرى أن قطع اليد والرجل فى قطع الطريق حد واحد وهو فى السرقة الصغرى حدان ؛ ولأن مقتضى التوزيع الذى لزم اعتباره أن يتعين القطع ثم القتل لأن التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع وإن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل إلا أن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد فأما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الإنفراد . وما ذكر من دخول ما دون النفس فى النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس أما إذا كان ذلك حداً واحداً فلا بد من إقامته فهى أجزاء حد واحد غير أنه إن بدأ بالجزء الذى لا تتلف به النفس فعل الآخر وإن بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت(1).

٥ ــ وإن أخذوا ولم يقتلوا نفساً ولم يأخذوا مالا وإنما جرحوا فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص اقتص وما كان لا يجرى فيه ذلك لزمه الأرش .

٦ ــ وإن أخذوا ولم يقتلوا نفساً وأخذوا مالا وجرحوا فتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وتبطل الجراحات لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت

---

(١) انظر ص ٢٧١ جزء ٤ فتح القدير .
وانظر ص ٤٩٦ جزء ٢ الجصاص .

عصمة النفس كما تسقط عصمة المال . ولذا تبطل الجراحات إذا قتل فقتل حداً لأن الحد والضمان لا يجتمعان .

٧ – وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا : نفوا من الأرض .

٨ – وإذا هربوا طلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود .

وقوله تعالى فى الآية :

« أو ينفوا من الأرض » المراد منه عند البعض « الحنفية » الحبس فى حق من خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لأنه إما أن يكون المراد نفيه من جميع الأرض وذلك لا يتحقق ما دام حياً أو المراد نفيه من بلدته إلى بلدة أخرى (وهو رأى الشافعى) وبه لا يحصل المقصود وهو دفع أذيته عن الناس أو يكون المراد نفيه عن دار الإسلام إلى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة فعرفنا أن المراد نفيه من جميع الأرض إلى موضع حبسه فإن المحبوس يسمى خارجاً من الدنيا .

والشافعى رحمه الله يقول : المراد اتباعه حتى لا يتمكن من القرار فى موضع فذلك نفيه من الأرض . فأما قوله : من صار مسلماً هدم الإسلام ما كان فى الشرك فهو معنى قوله جل وعلا : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » ، والإسلام يهدم ما كان فى الشرك من الجناية على خالص حق الله تعالى : قال الله جل وعلا : « قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » . وقال صلى‌الله عليه وسلم : الإسلام يجب ما قبله والتوبة قبل قدرة الإمام عليه مسقطه لهذه العقوبة بالنص .

وإن طال أمر المحارب وأخذ المال ولم يقتل فقد قال ابن القاسم فى الموازية عن مالك : يقتل ولا يختار الإمام فيه غير القتل . قال أشهب : هو مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وروى ابن حبيب عن مالك : إذا أخاف السبيل وأعظم الفساد وأخذ الأموال ولم يقتل أحداً فليقتله الإمام إذا

ظهر عليه . قال : وهو مخير بين القتل والصلب أو قطع الخلاف أو النفى[1].

أما النفى عند المالكية فقد قال فيه ابن القاسم : فى قول مالك يؤخذ بأيسر ذلك وهو الجلد والنفى . قال القاضى أبو محمد النفى المراد به فى آية المحاربين هو اخراجهم من البلد الذى كانوا فيه إلى غيره وحبسهم فيه . وقال أشهب وإن جلده مع النفى لضعيف وإنما استحسنه لما خفف عنه من غيره ولو قاله قائل لم أعبه . قال ابن القاسم عن مالك : ينفى ويحبس حيث ينفى إليه حتى تظهر توبته قال : أصبغ : يكتب إلى عامل البلد الذى نفى إليه بذلك . قال ابن القاسم عن مالك : وليس لجالده حد إلا اجتهاد الإمام فيه . وقال مطرف عن مالك : إذا استحق عنده النفى فليضربه ويسجنه ببلده حتى تظهر توبته فذلك عندنا نفى وتغريب وبه قال أبو حنيفة .

وقال ابن الماجشون : ليس عندنا النفى الذى ذكره الله عز وجل أن

---

(١) انظر ص ٢٧٢ جزء ٤ فتح القدير .

وانظر ص ٤٩٦ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص .

وانظر ص ٣١٤ جزء ١ أحكام القرآن للشافعى .

وانظر ص ١٧١ جزء ٧ المنتقى .

وانظر ص ١٦٨ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

وخلاصة رأى الإمام الشافعى والأمام مالك :

قال الشافعى : قطاع الطريق إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وإذا أخافوا السبيل نفوا وإذا هربوا طلبوا حتى يؤخذوا فتقام عليهم الحدود إلا من تاب قبل أن نقدر عليه سقط عنه الحد ولا تسقط حقوق الآدميين ويحتمل أن يسقط كل حق لله تعالى بالتوبة .

قال أبو حنيفة : الإمام مخير إن شاء جمع القتل والقطع وإن شاء جمع القتل والصلب ثم قتل بعد الصلب .

وقال الشافعى يقتلهم ثم يصلبهم . انظر ص ١٦٨ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

قال مالك : إذا أخذ المحارب المخيف للسبيل فإن الإمام مخير فى إقامة الحدود التى أمر الله تعالى بها ، قتل المحارب أو لم يقتل أخذ مالا أو لم يأخذ والإمام مخير فى ذلك إن شاء قتله وإن شاء قطعه خلافاً وإن شاء نفاه ، ونفيه حبسه حتى تظهر توبته . فإن لم يقدر على المحارب حتى يأتيه تائباً وضع عنه حد المحاربة القتل والقطع والنفى وأخذ بحقوق الناس .

ينفى من قرية إلى قرية يسجن بها وإنما يقول الله تعالى : « أو ينفوا من الأرض» معناه أن يطلبوا فيختفون وأنتم تطلبونهم لتقام عليهم العقوبة فإذا ظفر بهم فلا بد من إحدى ثلاث عقوبات : القتل ، أو الصلب ، أو القطع هو فى ذلك مخير وقال : وهكذا قال مالك والمغيرة وابن دينار . قال ابن حبيب : وقاله أشهب وبه أقول . قال القاضى أبو محمد : وبه قال الشافعى(١).

ارتداد المحارب

ولو ارتد المحارب ولحق بدار الحرب فقاتلنا مع المحاربين وأسر يلزم الإمام أن يستتيبه فإن تاب سقط عنه القتل بالردة ويؤخذ بأحكام الحرابة قبل الردة فى حق الله تعالى وحقوق المسلمين ولا يزيل عنه ذلك ردته .

وإن لم يتب قتل على الردة والحرابة ، قاله سحنون عن عبد الملك ورواه عن ابن شهاب وربيعة وأبى الزناد ، ووجه ذلك أن الردة لا تسقط حقوق المسلمين الثابتة عليه قبل ردته كما لو استدان أو غصب أموال الناس ثم ارتد لما سقط عنه بردته شىء من ذلك . فأما حقوق الله تعالى فإذا تعلقت بحقوق الآدميين لم تسقط بالردة وإنما يسقط منها ما لا تعلق له بالآدميين كالصوم والصلاة والحج(٢).

قال ابن حزم :

ولا يسقط عن اللاحق بالمشركين لحاقه بهم شيئاً من الحدود التى أصابها قبل لحاقه ولا التى أصابها بعد لحاقه لأن الله تعالى أوجب الحدود فى القرآن على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ولم يسقطها ، وكذلك لم يسقطها عن المرتد ولا عن المحارب ولا عن الممتنع ولا عن الباغى إذا قدر على إقامتها عليهم وما كان ربك نسيا .

---

(١) انظر ص ١٧٣ جزء ٧ شرح الموطأ .

(٢) انظر ص ١٧٠ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ .

المبحث الثانى

العـــــود

العود أن يرتكب الجانى جريمة أو أكثر يحكم عليه من أجلها نهائياً ثم يعود بعد ذلك إلى ارتكاب جريمة جديدة .

وعود المجرم إلى الإجرام بعد الحكم عليه دليل على انه لم يرتدع من العقوبة الأولى فيلزم تشديد العقوبة على جرائمه الأخرى .

ويثير العود مسألتين :

المسألة الأولى :

إصرار الجانى على مخالفة أحكام القانون الجنائى دليل على علم كفاية العقاب الأول لزجره وإصلاحه مما يستوجب أخذه بالشدة ، وتشديد العقوبة على الجريمة الثانية .

المسألة الثانيـــة :

متى تقرر وجوب تشديد العقوبة يتعين البحث فى أعدل طرق العقاب وأشدها مفعولا .

والفكرة السائدة فى التشريع المصرى وفى غيره من التشريعات الحديثة هى أن العود يعتبر ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة الثانية خاضعاً لتقدير القاضى . وهذا فى العود البسيط أما إذا كان الأمر لا يتعلق بعود بسيط ، بل باعتياد على الإجرام فإن العود لا يكون مجرد ظرف مشدد لفعل جنائى بعينه ، وإنما هو حالة شخص جعل نفسه بكثرة الجرائم التى ارتكبها فى حالة عصيان وثورة ضد الهيئة الاجتماعية ولذلك يجب أن يتخذ نحوه تدبير من تدابير الأمن وطريقة من طرق الاستئصال تمنعه من العودة إلى ارتكاب الجرائم[1] .

---

(١) انظر الموسوعة الجنائية للمرحوم الأستاذ جندى عبد الملك ص ٢٧٤ جزء ٥ .

فى الشريعة الإسلامية :

عرفت الشريعة منذ نزولها فكرة الجرم العائد وشددت عليه العقاب ، ففي السرقة وجدت قواعد التشديد كذا فى جريمة قطع الطريق وفى شرب الخمر وتفصيل ذلك .

العود فى جريمة السرقة :

كل مال محرز بلغت قيمته نصاباً إذا سرقه بالغ عاقل لا شبهة له فى المال ولا فى حرزه قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع فإن سرق مرة ثانية بعد قطعه قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب فإن سرق ثالثة فقد اختلف الفقهاء .

١ — لا يقطع بعد ذلك وهو مذهب أبى حنيفة ولكنه يعزر ويحبس حتى يتوب .

وقال بذلك أيضاً الحسن والشعبى والنخعى والزهرى وحماد والثورى[1].

ويبرر الحنفية قولهم بما روى عن سيدنا على رضى الله عنه . أنه أتى بسارق فقطع يده ثم أتى به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أتى به الثالثة وقد سرق فقال : لا أقطع ؛ إن قطعت يده ، فبأى شىء يأكل وبأى شىء يتمسح ، وإن قطعت رجله فبأى شىء يمشى إنى لأستحى من الله فضربه بخشبة وحبسه .

وروى أن سيدنا عمر أتى بسارق أقطع اليد والرجل وقد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد أن يقطعه فقال له سيدنا على : إنما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم يقطعه .

وعمر وعلى لم يزيدا فى القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان

---

(١) انظر ص ٣٤٨ جزء ٤ فتح القدير . وانظر ص ٥١٤ جزء ٢ الجصاص ، وانظر ص ٣١٩ جزء ٣ ابن عابدين .

ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً من الصحابة .

٢ — يقطع فى السرقة الثالثة لما حدث به يحيى عن مالك عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه أن رجلا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل قدم على أبى بكر الصديق فشكا إليه عامل اليمن أنه قد ظلمه . فكان يصلى من الليل فيقول ابو بكر : وأبيك ما ليلك بليل سارق ، ثم إنهم فقدوا عقداً لأسماء بنت أبى عميس امرأة أبى بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول : اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح ، فوجدوا الحلى عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به . فاعترف به الأقطع أو شهد عليه به . فأمر أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى . وقال أبو بكر : والله لدعاؤه على نفسه أشد عندى عليه من سرقته(١).

وإنما اختلف أنصار هذا الرأى إلى فرقتين :

(أ) فرقة تقرر بأنه تقطع فى الثالثة يده اليسرى وتقطع فى الرابعة رجله اليمنى فإن سرق فى الخامسة عزر ولم يقتل وهو رأى الشافعى(٢) وأحمد ومالك .

واحتج الشافعى بقوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والأيدى اسم جمع والاثنان فما فوقهما جماعة .

(ب) فرقة تقرر بأنه تقطع فى الثالثة يده اليسرى وتقطع فى الرابعة رجله اليمنى فإن سرق فى الخامسة قتل . وحكى هذا القول عن

---

(١) عند اختلاف الرواية يضعف الاستدلال به والإشكال فى الحديث أنه كان ضيفاً عند أبى بكر رضى الله عنه والضيف إذا سرق من بيت المضيف لا يقطع لأنه مأذون بالدخول فى الحرز ولكن تأويله أن بيت الضيافة لأبى بكر كان منفصلا عن بيت السكن الخاص فلم يكن الضيف مأذوناً فى بيت السكن الخاص فلهذا قطعه . انظر ص ١٤١ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٨٣ جزء ٢ المهذب للشيرازى . وانظر ص ١٥٠ جزء ٦ الرسالة للشافعى .

عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعبدالله بن عمر وعمر بن عبد العزيز وأبو مصعب من أصحاب مالك[1].

روى أبو داود والنسائي عن جابر بن عبدالله قال : جيء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقال : اقتلوه . قالوا : يا رسول الله إنما سرق . فقال : اقطعوه قال فقطع . ثم جيء به الثانية ، فقال : اقتلوه . فقالوا : يا رسول الله إنما سرق . فقال : اقطعوه ، فقطع . ثم جيء به الثالثة ، فقال : اقتلوه . فقالوا : يا رسول الله ، إنما سرق ، فقال : اقطعوه . ثم أتي به الرابعة ، فقال : اقتلوه . فقالوا : يا رسول الله ، إنما سرق . قال : اقطعوه . فأتي به الخامسة فقال : اقتلوه . قال جابر : فانطلقنا به فقتلناه ، ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ، ورمينا عليه بالحجارة .

هذه رواية أبي داود[2].

وقد قال الكمال بن الهمام مناقشاً هذه الآراء :

كان غالبية الفقهاء يفعلون كما فعل علي وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال : إذا سرق فاقطعوا يده ثم إن عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الأخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين . وأخرج عن النخعي أنهم كانوا يقولون : لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا كله قد ثبت ثبوتاً لا مرد له ، فبعيد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالباً ما تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله

---

(1) انظر ص ١٦٧ جزء ٧ المنتقى .

(2) انظر ص ٣٢٢ جزء ٤ جامع الأصول ، وقال الشافعي : هذا حديث منكر وأحد رواته ليس بالقوى وهو مصعب بن ثابت . قال المنذرى (ج ٦ ص ٢٣٨) ومصعب ابن ثابت – هذا – هو أبو عبدالله بن عبدالله بن الزبير بن العوام القرشي العدوى المدني . وقد ضعفه غير واحد من الأئمة .

عليه وسلم أربعة ثم يقتله . والصحابة مجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وعمر وابن عباس من الأصحاب الملازمين له عليه السلام ، بل أقل ما فى الباب أن كان ينقل لهم إن غابوا ، فلا بد من علمهم بذلك . وبذلك تقضى العادة فى امتناع على بعد ذلك إما لضعف الروايات المذكورة فى الإتيان على أربعته وإما لعلمه أن ذلك ليس حداً مستمراً بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعى بالفساد فى الأرض وبعد الطباع عن الرجوع ، فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوى[1] . وبهذا حاج على بقية الصحابة فحجهم فانعقد إجماعاً .

٣ ـ رأى يقرر أنه فى السرقة الثانية تقطع يده اليسرى وهو قول لعطاء وروى عن ربيعة وهى أقوال ضعيفة .

سرقة نفس العين مرتين :

ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها إن كانت قائمة ، ثم عاد فسرقها وهى بحالها ففى الموضوع قولان .

١ ـ قول للحنفية بأنه لا يقطع ثانية وحجتهم أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل فى حق السارق وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع ، فإن كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لأن السقوط ليس إلا بالنسبة إلى المقطوع يده لا سواه فيقطع .

وتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فإنها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية إذ هى قليلة

---

(١) انظر ص ٢٤٩ فتح القدير جزء ٤ .

بالفرض فلم تقع فى محل الحاجة . وصار كما لو قذف شخصاً فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بأن قال : أنا باق على نسبتى إليه الزنا الذى نسبته إليه لا يحد ثانياً فكذا هذا . أما لو قذفه بزنا آخر حد به .

وهذا يخالف ما إذا حد رجل فى زنا ثم زنا ثانياً بالمرأة التى زنا بها أولا بعد أن جلد حــداً بزناه الأول بها فإنه يحد ثانياً إجماعاً ولا عبرة بالقول بالعكس لأن حرمة المحل فى الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة[1] .

٢ ـ قول مالك وأحمد والشافعى وهو رواية عن أبى يوسف أنه يقطع وهو القياس للأسباب الآتية :

١ ـ لقوله صلى الله عليه وسلم فإن عاد فاقطعوه فيما روى الدار قطنى من حديث أبى هريرة .

٢ ـ لأن السرقة الثانية مثل الأولى فى سببية القطع بل أفحش لأن العود بعد الزجر أقبح .

٣ ـ ويقرر أبو يوسف زيادة على ما تقدم من حجج أن المسروق عاد تقومه بالرد إلى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فإنه يقطع اتفاقاً[2] .

---

(١) انظر ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ فتح القدير جزء ٤ .
وانظر ص ١٦٦ جزء ٦ أحكام القرآن للقرطبى .
وانظر ص ٥٢٣ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص .

(٢) واختلف فى قطع يد من سرق المـال من الذى سرقه ، فقال المالكية يقطع وقال الشافعى لا يقطع لأنه سرق من غير مالك ومن غير حرز . وقال علماؤنا « المالكية » حرمــة المالك عليه باقية لم تنقطع عنه ، ويد السارق كلا يد .
انظر ص ١٦٦ جزء ٦ القرطبى .

العود فى جريمة شرب الخمر :

الأصل فى ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم إن شرب فاجلدوه إلى أن قال : فإن عاد الرابعة فاقتلوه .

أخرجه أصحاب السنن إلا النسائى من حديث معاوية .

وروى من حديث أبى هريرة إذا سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه . ثم إن سكر فاجلدوه . . فإن عاد الرابعة فاقتلوه .

قال الترمذى سمعت محمد بن إسماعيل يقول : حديث أبى صالح عن معاوية أصح من حديث أبى صالح عن أبى هريرة .

وصححه الذهبى ورواه الحاكم فى المستدرك وابن حبان فى صحيحه والنسائى فى سننه الكبرى ثم نسخ القتل .

أخرج النسائى فى سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعاً من شرب الخمر فاجلدوه . . . قال : ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فى الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد فى لفظ ، فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وأن القتل قد ارتفع[1] .

ورواه البزار فى مسنده عن ابن اسحق ؛ أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثاً فأمر به فضرب فلما كان فى الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخاً . وروى أبو داود فى سننه قال : حدثنا أحمد بن عبده الضبى : حدثنا سفيان : قال الزهرى : أنبأنا قبيصة بن ذؤيب ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فى الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فأتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة[2] .

---

(١) انظر ص ١٧٩ جزء ٤ فتح القدير .

(٢) انظر ص ١٤٤ جزء ٦ الأم للشافعى .

وورد فى المهذب :

كان عمر إذا أتى بالرجل القوى المنهمك فى الشراب جلده ثمانين وإذا أتى بالرجل الضعيف الذى كانت منه الزلة جلده أربعين [١] فإن جلده أربعين ومات لم يضمن لأن الحد قتله . وإن جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير [٢] .

قاعدة عامة :

يفهم من ذلك أن حد المجرم العائد فى شرب الخمر كان القتل ثم رفع وأصبح الجلد ولكنه يشدد عليه فى الجلد فيتدرج على من كانت منه أول زلة من أربعين فإن عاد يزاد عليه إلى أن يصل إلى ثمانين .

روى أبو داود عن عبد الرحمن بن أزهر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بشارب خمر وهو بحنين فحثا فى وجهه التراب ثم أمر أصحابه فضربوه بنعالهم وما كان فى أيديهم حتى قال لهم : ارفعوا ثم جلد أبو بكر فى الخمر أربعين ثم جلد عمر صدراً من إمارته أربعين ثم جلد ثمانين فى آخر خلافته . وجلد عثمان الحدين كليهما ثمانين وأربعين ثم أثبت معاوية الحد ثمانين .

استثناء للقواعد العامة :

وفى هذا المجال نشير إلى أن القاعدة فى الإثبات فى شرب الخمر أن المتهم بالشرب يشم لمعرفة ريح الخمر منه ولا يخلو الأمر من أن يكون الشهود متيقنين للرائحة أو شاكين فإن كانوا متيقنين للرائحة فلا يخلو أن يتفقوا على أنها رائحة المسكر أو على أنها رائحة غير مسكر أو يختلفوا فى ذلك .

---

(١) انظر ص ٢٨٧ المهذب جزء ٢ .

(٢) روى البخارى ومسلم عن عمير وأبو داود عن عمير بن سعيد النخعى قال : سمعت على بن أبى طالب يقول : ما كنت لأقيم على أحد حداً فيموت فأجد فى نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر . فإنه لو مات وديته . وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه .

فإن اتفقوا على أنها غير رائحة مسكر فلا نعلم خلافاً فى ترك وجوب الحد .

وإن اتفقوا على أنها رائحة مسكر وجب عليه الحد .

وإن اختلفوا فقال بعضهم هى رائحة مسكر وقال آخرون ليست برائحة مسكر فقد قال ابن حبيب : إذا اجتمع منهم اثنان على أنها رائحة مسكر حد ووجه ذلك أن الشهادة قد قامت وكملت باجتماع شاهدين على أنها رائحة مسكر فلا يؤثر فى ذلك نفى من نفى مقتضاها كما لو شهد شاهدان : رأيناه يشرب خمراً وقال شاهدان آخران : لم يشرب خمراً .

فإن شك الشهود فى الرائحة هل هى رائحة مسكر أو غير مسكر نظرت حاله فإن كان من أهل السفه نكل به وإن كان من أهل العدل خلى سبيله — حكاه ابن القاسم فى العتبية والموازية عن مالك .

ووجه ذلك أن من عرف بالسفه والشرب والتخليط وخيف أن يكون ما شك فيه مما حرم عليه وجب أن يزجر عن التشبه بذلك لئلا يتطرق بذلك إلى إظهار معصية وأما من كان من أهل العدل فتبعد عنه الريبة[1].

وبالنسبة لمدمن شرب الخمر قال ابن حبيب :

لا بأس أن يطاف به ويفضح ويسجن ومثل ذلك روى أشهب عن مالك فى العتبية .

ووجه ذلك أنه إذا بلغ هذا الحد من الفسق والفجور فواجب أن يفضح لأن فى ذلك ردعاً له وإذلالا له فيما هو فيه وإعلاماً للناس بحاله فلا يغتر به أحد من الناس وأما السجن فقد قال ابن حبيب واستحب مالك لمدمن الخمر المشهور بالفسق أنه يلزم السجن .

وقال ابن الماجشون فى العتبية من أقيم عليه حد الخمر أو غيره من الحدود مهما كان فليخل سبيله ولا يسجن .

---

(١) انظر ص ١٤٣ المنتقى شرح الموطأ جزء ٣ .

وجه قول مالك أن فى إلزامه السجن منعاً له مما لم ينته عنه بالحد وكفا لأذاه عن الناس لأن فى إعلانه بالمعاصى أذى للناس ووجه قول ابن الماجشون أن الحد فى جميع ما يجب عليه بشرب الخمر أو الزنا فأما السجن فلا يجب ذلك عليه بفعله وإنما يجب عليه بإدمان أو غيره من الإعلان بالفسق(١).

العود فى جريمة الزنا :

مجال الكلام فى هذا الموضوع أن يكون الزانى بكراً لأنه إذا كان محصناً فعقوبته مهلكة وهى الرجم فلو زنى البكر وجلد ثم زنى يعاد جلده مائة جلدة وهكذا .

اللواط :

وإنما اختلف الفقهاء فى اللواط .

فقال مالك والشافعي وأحمد أن اللواط يوجب الحد وقال أبو حنيفة أنه يعزر فى أول مرة فإن تكرر منه قتل فالأول مشدد والثانى فيه تخفيف من حيث اشتراط التكرير حتى يقتل .

ووجه الرأى الأول ما ورد فى الكتاب والسنة من تغليظ عقوبة الله لفـــاعله .

ووجه الرأى الثانى أن وطء الذكر ليس فيه اختلاط أنساب ولا يغار الناس على الذكر ويتجرأون على قتل اللائط به كما يغارون على الحرائر إذا زنى أحد بهن ، وشدة العقوبات تابعة فى الغالب لعظم الفساد فى الوجود وجوز بعض الحنفية أن يعزر بالقائه من شاهق وإن أدى إلى موته .

مع ملاحظة أن رأى مالك وقول الشافعي ورواية لأحمد أن حد اللواط الرجم بكل حال ثيباً كان أو بكراً . والقول الراجح للشافعي والرواية الأخرى لأحمد إن حده كحد الزنا فيفرق فيه بين البكر والثيب فعلى المحصن الرجم

---

(١) انظر ص ١٤٥ جزء ٣ المنتقى شرح الموطأ .

وعلى البكر الجلد فالأول مشدد والثانى فيه تخفيف على البكر[1].

ومن أتى امرأة أجنبية فى دبرها فلا حد عليه عند أبى حنيفة ولكن يعزره الإمام ويسجنه حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعاً فليس حكماً له[2].

العود فى جريمة قطع الطريق :

الأصل فى قاطع الطريق أنه لا يقتل إلا إذا قتل فإذا لم يقتل لا يقتل قال تعالى :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

إلا أنه إذا طال أمد المحارب وأخذ المال ولكنه لم يقتل فقال ابن القاسم عن مالك فى الموازية يقتل ولا يختار الإمام فيه غير القتل .

وعند أشهب الإمام مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف .

كما روى ابن حبيب عن مالك أنه إذا أخاف قاطع الطريق السبيل وأعظم الفساد وأخذ الأموال ولم يقتل أحداً يقتله الإمام إذا ظهر عليه . قال : وهو مخير بين القتل والصلب أو قطع الخلاف أو النفى .

العود فى جريمة الردة :

الأصل فى المرتد أنه يستتاب ثلاثة أيام على أرجح الأقوال فان أسلم وإلا قتل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرىء إلا باحدى ثلاث : كفر بعد إيمان . وزنا بعد إحصان . وقتل نفس بغير نفس » .

---

(١) انظر ص ١٥٧ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

(٢) انظر ص ١٥٠ فتح القدير جزء ٤ .

وقال صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه ، رواه أحمد والبخارى وغيرهما .

فإن عاد المرتد الذى استتيب وتاب وسقط عنه حد الردة إلى الردة ثانياً وثالثاً فكذلك يفعل به كل مرة فإذا أسلم خلى سبيله لقوله تعالى : « فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم » وكان على وابن عمر رضى الله عنهما يقولان إذا ارتد أربعاً لم تقبل توبته بعد المرة الثالثة ولكن يقتل على كل حال لأنه ظهر أنه مستخف مستهزىء وليس بتائب واستدلا بقوله تعالى :

« إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم » .

وقد ورد فى بعض كتب الفقه أنه إذا تكرر من الشخص الارتداد يضرب ضرباً مبرحاً لخيانته ثم يحبس إلى أن تظهر توبته وخشوعه وهو رأى بعض الشافعية .

ويستدلون بقوله تعالى :

١ — قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف .

٢ — لأنه أتى بالشهادتين بعد الردة فحكم باسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم .

وعن أبى يوسف أنه إذا فعل ذلك مراراً يقتل غيلة « أى بدون استتابة لأنه قد ظهر منه الاستخفاف »[1].

---

(١) انظر ص ١٠٠ جزء ١٠ من المبسوط .

وعند بعض الحنفية أنه إذا عاد وأسلم فى الرابعة كان حاله كحاله قبل ذلك وإذا اسلم يجب قبول ذلك منه لقوله تعالى لا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً — ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم لمن قتل المشرك أو الذى قال لا إله إلا الله . هلا شققت عن قلبه .

وانظر ص ٢٨ الزيلعى جزء ٣ .

الفصل الرابع

نظرية فردية العقاب

مقدمة :

العقوبة هي جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به ، فهي جزاء « مادى أو أدبى »[1] مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة ، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره . فالعقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده ، أى العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه .

فردية العقوبة فى الفقه الغربى :

إن الشارع إذا أراد رسم سياسة محكمة رشيدة للعقاب يتعين عليه أن يوجه عنايته بصفة خاصة إلى أن يجعل العقاب متلائماً مع حالة كل مجرم وظروفه الخاصة ، أى ما كان داخلا فى نطاق ما يصح أن يقال له تفريد العقاب .

وأهم مظاهر تفريد العقاب كما هى واضحة فى القانون الوضعى تنحصر فى :

١ ــ تشديد العقاب : ويكون ذلك بأن يترك للقاضى التشديد فى حدود السلطة المخولة له بتوقيع عقوبة بين الحدين الأعلى والأدنى الذى نص عليهما المشرع وهو ما يسمى بالظروف القضائية المشددة .

أو بأن يميز الشارع طائفة بعينها بعقوبات خاصة « فئة المجرمين العائدين »

(١) الجزاء الأدبى : كتوجيه قارص القول على وجه التعزير .

٢ ــ وقف تنفيذ العقوبة ويكون ذلك بالنسبة للجانى الذى يرجى صلاحه .

٣ ــ تخفيف العقاب : ويكون ذلك بأن يترك المشرع للقاضى التخفيف بالنسبة لحالة الجانى وهو ما يسمى بالظروف القضائية المخففة أو أن ينص من بادىء الأمر على أعذار قانونية مخففة كصغر السن .

٤ ــ الاستعاضة عن العقاب بوسائل إصلاح ووقاية كمعاملة المجرمين معتادى الإجرام أو المجرمين الأحداث معاملة خاصة .

٥ ــ الإعفاء من العقاب : وهى خطة يتبعها المشرع حيال المجرم فى بعض الحالات تقديراً لأعذار شتى (١).

فردية العقوبة فى الفقه الإسلامى :

نستطيع أن نلمس أيضاً فى القانون الجنائى الإسلامى مبدأ الفردية :

أولا ــ فى القصاص والحدود :

١ ــ تشديد العقوبة :

(أ) بالنسبة لجسامة الضرر المترتب على الجريمة :

فحد قاطع الطريق هو قطع يده ورجله من خلاف إن أخذ المال ولم يقتل ، والقتل إن قتل ولم يأخذ المال ، والقتل أو الصلب بعد قطع اليد والرجل أو دون قطع إن أخذ المال وقتل ، والنفى إن أخاف دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً .

وقد قال « ابن تيمية » فى قطاع الطريق :

« هم قطاع الطرق الذين يعترضون الناس بالسلاح فى الطرقات ونحوها

(١) انظر ص ٩٧ ، ٩٨ من موجز فى العقوبات ومظاهر تفريد العقاب للدكتور على أحمد راشد .

ليغصبوهم المال ، مجاهرة ، من الأعراب والتركمان والفلاحين وفسقه الجند أو مردة(١) الحاضرة أو غيرهم » .

ولو شهروا السلاح فى البنيان لا فى الصحراء لأخذ المال ، فقد قيل إنهم ليسوا محاربين بل هم بمنزلة المختلس والمنتهب ، لأن المطلوب يدركه الغوث إذا استغاث بالناس .

وقال أكثر الفقهاء : إن حكمهم فى البنيان والصحراء واحد ، وهذا قول مالك فى المشهور عنه والشافعى وأكثر أصحاب أحمد وبعض أصحاب أبى حنيفة، بل هم فى البنيان أحق بالعقوبة منهم فى الصحراء لأن البنيان محل الأمن والطمأنينة ، ولأنه محل تناصر الناس وتعاونهم ، فإقدامهم عليه يقتضى شدة المحاربة والمغالبة ولأنهم يسلبون الرجل فى داره جميع ماله ، والمسافر لا يكون معه غالباً إلا بعض ماله .

وهذا هو الصواب ، لا سيما هؤلاء المحترفون الذين تسميهم العامة فى الشام ومصر المنسر وكانوا يسمون ببغداد العيارين . ولو حاربوا بالعصى والحجارة المقذوفة بالأيدى أو المقاليع ونحوها ، فهم محاربون أيضاً(٢).

كذلك جريمة الردة فى الدين الإسلامى ترتب آثاراً خطيرة فى المجتمع ففيها شىء من المماثلة لجريمة تغيير النظام الاجتماعى فى الفقه الغربى كالفوضى وغيرها من المذاهب الهدامة فكلتاهما لها أثرها فى المجتمع لذلك كان المشرع الإسلامى حريصاً على تشديد العقاب على مرتكبها فمن يكفر بعد إسلامه فجزاؤه القتل ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وقال : لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس(٣)» .

---

(١) المردة هم الذين بلغوا الغاية من العتو ومجاوزة الحد فى الشر . والمحارب كما يكون ذكراً قد يكون أنثى أيضاً .

(٢) انظر ص ٢٧٥ فتح القدير جزء ٤ . وانظر ص ٨٩ السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٣) انظر المسئولية الجنائية فى الفقه الإسلامى للمؤلف ص ١٠٨ وما بعدها الطبعة الثانية .

(ب) بالنسبة لدناءة البواعث التي دفعت المجرم لارتكاب الجريمة :

فمن زنى بذات محرم تشدد عليه العقوبة .

عن الترمذي والنسائي وأبي داود أن البراء بن عازب رضي الله عنه قال : مر بي خالي أبو بردة بن نيار ومعه لواء فقلت : أين تريد ؟ فقال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه ، أن آتية برأسه .

وعن عبدالله بن عباس : أن الرسول قال : من وقع على ذات محرم فاقتلوه[1].

فالأصل في جريمة الزنا في الشريعة أن عقوبة من يرتكبها إن كان غير محصن « أي لم يسبق زواجه » الجلد مائة جلدة والنفي مدة عام وإن كان محصناً فجزاؤه الرجم « أي القتل رجماً بالحجارة » إلا أنه في الحالة التي ورد بها الحديث أتى الرجل فاحشة تخالف النواميس الطبيعية فكان جزاؤه القتل بصرف النظر عما إذا كان محصناً أم غير محصن .

(ج) بالنسبة لصفة خاصة في الجاني :

إن الجريمة كما تتغلظ عليها العقوبة باجتماع الموانع تتغلظ العقوبة باجتماع النعم ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي صلى الله عليه وسلم بضعف ما هدد به غيرهن[2]. قال تعالى : « يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وكان ذلك على الله يسيراً » .

كما أن الإحصان يجعل عقوبة الزاني الرجم لا الجلد الذي هو عقوبة الزاني غير المحصن .

---

(١) انظر جامع الأصول من أحاديث الرسول لابن الأثير جزء ٤ ص ٢٧٥ .

(٢) انظر ص ٤٠ جزء ٩ المبسوط . وقد عوتب الأنبياء عليهم السلام على أمور لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم وسمو مكانتهم عن سائر الناس ، والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر مع أن بدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر — فزيادة النعمة ترتب تغليظ الجريمة وبالتالي تشديد العقوبة .

والإحصان فى اللغة عبارة عن الدخول فى الحصن يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق . وأشأم أى دخل الشام . ومعناه دخل حصناً عن الزنا . وإنما يصير الإنسان داخلا فى الحصن عن الزنا عند توافر الموانع وأهمها النكاح الصحيح .

ويجب أن يعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان حتى لو تزوج فى عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقى مجرداً وزنى يجب عليه الرجم(1).

قال الشاعر :

شروط إحصـــان أتت ستة ... فخذها من النظم مستفهما
بلـــوغ(2) وعقـــل وحرية ... ورابعها كونـــه مسلما
وعقـــد صحيح ووطء مباح ... متى اختل شرط فلن يرجما

(د) بالنسبة لوحشية الوسائل :

إن مبدأ القصاص كفيل بأن تشدد العقوبة على الجانى بالكيفية التى آذى بها المجنى عليه .

قال الله تعالى :

« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » .

وقال تعالى :

« كتب عليكم القصاص فى القتلى » .

إن المجرم إذا عرف أنه سيؤخذ بجرمه ويفعل فيه ما فعل بغريمه قد يبعده

---

(1) انظر ص ٦٣ جزء ٢ الدرر الحكام .
(٢) انظر ص ٣٩٤ جزء ٢ حاشية شرح تنوير الأبصار وص ٣٩ جزء ٩ المبسوط .

ذلك عن ارتكاب الجريمة فمن قصد قتل إنسان رده عن ذلك علمه بأنه يقتل بمثل ما قتله به .

قال الشافعي : يفعل بالجانى مثل ما فعل فإن قطع يده فمات تقطع يده بنفس الطريقة فإن مات فى المدة التى مات الأول فيها وإلا تحز رقبته[1].

وكما شدد المشرع الوضعى العقوبة على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق إصرار أو ترصد فجعل عقوبته الإعدام ، لحظ هذا الأمر من قبله المشرع الإسلامى فرأى أن القاتل قد يكون عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً دنيئاً ، كقتل الغيلة . وهو أن يضجع المجنى عليه فيذبحه أو يقتله على أى وجه لأخذ ماله[2].

وفرضوا لذلك عقوبة خاصة أشد من العقوبة العامة للقتل : التى هى القصاص أو الدية أو العفو ففى هذه الحالة ليس لولى المقتول أن يعفو عن القاتل غيلة ويترك ذلك القاتل للسلطان ينفذ فيه ما يشاء من عقوبة . وهو رأى المالكية . كما قال مالك والليث : لا يقتل المؤمن بالكافر إلا أن يقتله غيـــلة .

وسأل محمد بن حزم فى كتابه المحلى :

هل للولى عفو فى قتل الغيلة أو الحرابة ؟ قال : اختلف الناس فى هذا فقالت طائفة : لا عفو فى ذلك للولى . عن أبى الزناد عن أبيه أنه قال : فى قتل الغيلة إذا أبلغ الإمام فليس لولى المقتول أن يعفو وليس للإمام أن يعفو وإنما هو حد من حدود الله[3].

---

(١) رأى الحنفية أن القصاص يستوفى بالسيف .

(٢) ورد فى ص ١١٦ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ : وأصحابنا يوردونه على وجهين : أحدهما القتل على وجه التحيل والخديعة . والثانى : على وجه القصد الذى لا يجوز عليه الخطأ .

(٣) انظر ص ٥١٨ و ٥١٩ المحلى جزء ١ وانظر ص ١٢٣ جزء ٧ المنتقى فيمن يعفو عن قاتله قبل قتله وأن ذلك جائز إلا فى قتل الغيلة .

(ه) أما بالنسبة للمجرم العائد الذى يتكرر منه الإجرام فقد توافرت النصوص على التشديد عليه .

فالسارق تقطع يده اليمنى فى السرقة الأولى وتقطع الرجل اليسرى فى السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يتوب إن ارتكب سرقات أخرى وهذا عند الحنفية .

وعند الشافعى الأطراف الأربعة هى محل للقطع فإن سرق مرة خامسة عزر وهو رأى أحمد ومالك .

وعند عطاء وعمرو بن العاص وعبدالله بن عمر وعمر بن عبد العزيز إن سرق الخامسة قتل .

وقد سبق الكلام على ذلك بتفصيل .

وفى شارب الخمر تواردت الروايات على أن شارب الخمر يقتل فى الرابعة . عن الترمذى وأبى داود عن معاوية بن أبى سفيان رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فى الرابعة فاقتلوه(1) . ثم نسخ القتل .

وقد سبق الكلام على ذلك أيضاً .

٢ — تخفيف العقوبة :

يراعى المشرع دائماً ظروف الجانى فالسارق إذا كان فقيراً أو سرق ليأكل لا تقطع يده بل يعاقب بعقوبات أخرى أخف كما أن الآثار وردت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لا يقطع إلا فيما زاد ثمنه على حد معين .

روى الترمذى وأبو داود والنسائى عن عبدالله بن عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر المعلق ؟ فقال : من أصاب بفيه

---

(١) انظر مختلف روايات هذا الحديث ص ٣٣٢ وما بعدها فى نفس المرجع .

من ذي حاجة ، غير متخذ خبنة[1] فلا شيء عليه[2].

كما روى عن البخاري ومسلم والترمذي وأبي داود والنسائي وفى الموطأ عن عائشة قالت : لم تقطع يد سارق على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فى أدنى من ثمن المجن : « ترس أو حجفة »[3] وكان كل واحد منهما ذا ثمن وفى رواية أخرى لا تقطع يد السارق إلا فى ربع دينار فصاعداً وعن أبى داود والنسائى عن عبدالله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من قطع فى مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم .

٣ ـ وقف تنفيذ العقوبة :

وقد يصل الأمر أن يوقف تنفيذ العقوبة للأسباب التى سنوردها فيما بعد :

روى عن الإمام مالك فى الموطأ :

أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر : أراك تجيعهم . ثم قال : والله لأغرمنك غرماً يشق عليك ثم قال للمزنى : كم ثمن ناقتك ؟ فقال المزنى : قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم . فقال عمر : أعطه ثمانمائة درهم[4]. وفى رواية قال عمر لعبد الرحمن بن حاطب : أما لولا أنى أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك .

ومن هذا الأثر نرى أن الفارق فهم من تشريع قطع اليد أنه عقوبة

---

(١) الخبنة : ما تحمله فى حضنك أو تحت إبطك . وقيل : هو أن تأخذه فى خبنة ثوبك وهو ذيله وأسفله .

(٢) انظر ص ٣١٩ جزء ٤ جامع الأصول .

(٣) المجن : هو ما يستتر به فى الحرب ، فإن كان من جلد وخشب وعقد فهو الترس وإن كان من جلد فقط فهو الحجفة .

(٤) انظر ص ٢٢٠ جزء ٢ الموطأ « باب القضاء فى الضوارى والحريسة » .

رادعة لمن يرتكب هذه الجريمة من غير حاجة تلجئه إلى الاعتداء على مال الغير . وحين تبين له أن هؤلاء الغلمة اضطروا لما اجترحوا بسبب ما نالهم من الجوع والحرمان . لم ير أن يمضى عليهم حد السرقة[1].

ولا قطع فى عام السنة وهى زمان القحط لأن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فيمنع ذلك وجوب القطع لما روى عن مكحول رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا قطع فى مجاعة مضطر ، وذكر عن الحسن عن رجل قال : رأيت رجلين مكشوفين ولحما فذهبت معهم إلى عمر رضى الله عنه فقال صاحب اللحم : كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها كما ينتظر الربيع فوجدت هذين قد اجتزراها . فقال عمر رضى الله عنه : هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشراوان مربعتان ، فإنا لا نقطع فى العذق ولا فى عام السنة . وكان ذلك فى عام السنة . والعشراء هى الحامل التى أتى عليها عشرة أشهر وقرب ولادها فهى أعز ما يكون عند أهلها ينتظرون الخصب والسعة بلبنها . ومعنى ذلك لا قطع فى عام السنة للضرورة والمخمصة وقد كان عمر رضى الله عنه فى عام السنة يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول : لن يهلك الناس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع فيه[2]؟

ثانياً — فى التعزير :

إن ميدان التعزير ميدان واسع لتفريد العقاب عرفه المشرع الإسلامى قبل أن يهتدى إلى هذا المبدأ المشرع الوضعى .

وقد لحظنا عند بحثنا للنصوص التى وردت فى كتب الفقه عن التعزير الآتى :

١ — أنه أنواع : فمنه ما يكون بالتوبيخ وبالزجر بالكلام ، ومنه

---

(١) انظر ص ٦٩ تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى جزء أول .
وقال يحيى : سمعت مالكاً يقول : وليس على هذا العمل عندنا فى تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم أخذها .

(٢) انظر ص ١٤٠ جزء ٩ المبسوط والعذق بكسر العين ، الكباسة . أى سباطة البلح .

ما يكون بالحبس ، ومنه ما يكون بالضرب ، ومنه ما يكون بالنفى عن الوطن ، ومنه ما يكون بالقتل ، ومنه مايكون بإتلاف المال .

٢ — أنه يناسب كل طائفة : فتأديب ذوى الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود » ويكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه ، وتعزير من دونه بزاجر الكلام ، وغاية الاستخفاف الذى لا قذف فيه ولا سب . ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذى ينزلون فيه على حسب رتبهم ، وبحسب هفواتهم ، فمنهم من يحبس يوماً ، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غير غاية مقدرة ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعدت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها .

٣ — وأنه يردع الجانى دون أن يهلكه غالباً وفيه عظة للغير .

وبذلك يكون فيه مقومات العقوبة الحديثة فهو يترك للقاضى مجالا واسعاً فى تقدير العقوبة ونوعها دون أن يهمل شخص الجانى، وهل هو من نوع المجرم بالمصادفة أم العريق فى الإجرام .

٤ — يجوز للقاضى أن يضم الحبس إلى التعزير بالضرب إذا رأى فيه مصلحة وهذا لأنه يصلح تعزيراً ابتداء حتى جاز الاكتفاء به .

ويجب أن نعلم فى هذا الصدد أن المراد بالرفيع ذى الجاه من كان من أهل العلوم والآداب لا المال والقوة .

والمعتبر فى الدنيء الجهل والجفاء والحماقة فإن كان من أهل الشر يثقل عليه بالأدب لينزجر وينزجر به غيره[1].

أنواع التعزير :

قد يعزر بالحبس ، وقد يعزر بالضرب ، وقد يعزر بتسويد الوجه

---

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ص ٢٠٨ جزء ٢ .

وإركابه دابة مقلوباً ، كما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أمر بذلك فى شاهد الزور فإن الكاذب سود الوجه فسود وجهه وقلب الحديث فقلب ركوبه .

وليس لأقل التعزير حد ؛ بل هو بكل ما فيه إيلام للإنسان من قول أو فعل أو ترك فقد يعزر الرجل بوعظه وتوبيخه والإغلاظ له ، وقد يعزر الرجل بهجره وترك السلام حتى يتوب إذا كان ذلك هو المصلحة كما هجر النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الثلاثة الذين خلفوا وهم كعب بن مالك ومرارة بن الربيع وهلال بن أمية تخلفوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة تبوك فأمر باعتزالهم ثم صفح عنهم بعد نزول القرآن فى قبول توبتهم . وقد يعزر بعزله عن ولايته كما كان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه يعزرون بذلك ، وقد يعزر بترك استخدامه فى جند المسلمين ، كالجندى المقاتل إذا فر عن الزحف فإن الفرار من الزحف من الكبائر وترك استخدامه تعزير له ، وكذلك الأمير إذا فعل ما يستعظم فعزله من الإمارة تعزير له(1).

الفرق بين الحد والتعزير :

أولا : إن الحد مقدر شرعاً والتعزير غير مقدر شرعاً ، بل قد اتفقوا على عدم تحديد أقله واختلفوا فى تحديد أكثره .

فعند المالكية هو غير محدود بل بحسب الجناية والجانى والمجنى عليه وفى تبصرة ابن فرحون قال المازرى فى بعض الفتاوى : وأما تحديد العقوبة فلا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب وقال فى المعلم : ومذهب مالك أنه يجيز فى العقوبات فوق الحد وقال فيه أيضاً : وشهود المذهب أن يزاد على الحدود وقد أمر مالك بضرب رجل وجد مع صبي قد ضمه إلى صدره فضربه أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك .

---

(١) انظر ص ١٢١ ابن تيمية فى السياسة الشرعية . وانظر قصة الثلاثة كاملة فى سيرة ابن هشام جزء ٢ ص ٣٢٢ طبعة سنة ١٩١٤ م .

وحجتهم :

١ ـ اجماع الصحابة فإن معن بن زائدة زور كتاباً على عمر رضى الله عنه ونقش خاتماً مثل نقش خاتمه فجلده مائة فشفع فيه قوم فقال : أذكرتمونى الطعن وكنت ناسياً فجلده مائة أخرى ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى ولم يخالفه أحد فكان ذلك إجماعاً .

وفى التبصره قال المازرى : وضرب عمر رضى الله عنه متعنتا أكثر من الحد .

٢ ـ إن الأصل مساواة العقوبات للجنايات وقال أبو حنيفة : لا يجاوز بالتعزير أقل الحـــدود وهو أربعون حد العبد ، بل ينقص منه سوط ، وللشافعى فى ذلك قولان وفى التبصرة بقول أبى حنيفة قال الشافعى ـ وقال أيضاً لا يبلغ عشرين وفيها أيضاً ولم يزد أحمد بن حنبل فى العقوبات على العشرة .

واحتجوا بما فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجلدوا فوق عشر جلدات فى غير حد من حدود الله » وأجاب المالكية عنه بأجوبة منها .

(أ) أن لفظ الحدود فى لفظ الشرع ليس مقصوراً على الزنا وشبهه بل لفظ الحدود فى عرف الشرع متناول لكل مأمور به ومنهى عنه فالتعليق على هذا من جملة حدود الله والمراد بغير حدود الله فى الحديث جلد غير المكلفين كالصبيان والمجانين .

وعبارة المعلم كما فى التبصرة ، وتأول المالكية الحديث على أن المراد بقوله فى غير حد ، أى فى غير حق من حقوق الله تعالى وإن لم يكن من المعاصى المقدر حدودها لأن المعاصى كلها من حدود الله تعالى .

(ب) ومنها أن الحديث مقصور على زمنه عليه الصلاة والسلام لأنه كان يكفى الجانى منه هذا القدر كما فى المعلم ـ وهو محمول على

طباع السلف رضى الله عنهم . كما قال أنس : « إنكم لتأتون أموراً هى فى أعينكم أدق من الشعر وإن كنـــا لنعدها من الموبقات[1] » فكان يكفيهم قليل التعزير ، ثم تتابع الناس فى المعاصى حتى زوروا خاتم عمر رضى الله عنه وهو معنى قول عمر بن عبد العزيز : تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور ولم يرد رضى الله عنه نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب .

ثانياً : اتفق الفقهاء أن من واجب الأئمة إقامة الحـــدود وتنفيذها واختلفوا فى التعزير .

رأى المالكية والحنفية :

فقال مالك وأبو حنيفة : إن كان التعزير لحق الله تعالى وجب كالحدود وتقديره موكول للإمام فإن غلب على ظنه أن توجيه قارص القول أجدى من الضرب فعل .

وإن كان لحق آدمى لم يجب .

وفى تبصرة ابن فرحون : فإن تجرد التعزير عن حق آدمى وانفرد به حق السلطة كان لولى الأمر مراعاة حكم الأصلح فى العفو والتعزير وله التشفيع فيه .

روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اشفعوا إلى ويقضى الله على لسان نبيه ما يشاء » .

قال : فلو تعافى الخصمان عن الذنب قبل الترافع إلى ولى الأمر سقط حق الآدمى .

---

(١) رواه البخارى بهذا المعنى .

وفى حق الدولة والخلق والأدب وجهان : أظهرهما عدم السقوط ، فله مراعاة الأصلح من الأمرين وفى الأصلح أنه لا يسقط التعزير بإسقاط ما وجب بسببه ولو نص على العفو والإسقاط . ويسقط باسقاطه ضمناً كما إذا عفا مستحق الحد عن الحد قبل بلوغ الإمام إذ ليس للإمام التعزير والحالة هذه لاندراجه فى الحد الساقط . وقيل لا يسقط إذ وجوب التعزير المقترن بالحد لمجرد حق الدولة فلا ينبغى سقوطه باسقاط الحد من حقوق الدولة . قال : فلو كان الخصمان المتنازعان والداً وولداً فلا حق للولد فى تعزير والده ويختص تعزيره بحق الدولة فلولى الأمر فعل أحد الأمرين وتعزير الولد مشترك بين حقى الوالد والدولة .

رأى الشافعية :

وقال الشافعى : هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه مطلقاً محتجاً بوجهين :

١ ـ ما فى الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعزر الأنصارى الذى قال له فى حق الزبير فى أمر السقى « أن كان ابن عمتك » يعنى فسامحه ويرد أصحاب الرأى المخالف أنه حق لرسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز له تركه بخلاف حق الله تعالى لا يجوز له تركه كقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط » فإذا قسط فتجب إقامته .

٢ ـ أنه غير مقدر فلا يجب كضرب الأب والمعلم والزوج .

والرد على هذا أن غير المقدر قد يجب كنفقات الزوجات والأقارب ونصيب الإنسان في بيت المال غير مقدر وهو واجب .

ثالثاً : إن الحدود وإن جرت على الأصل والقاعـدة من اختلاف العقوبات باختلاف الجنايات من جهة أن الشارع جعل حد الزنا مائة وحد القذف ثمانين وحد السرقة القطع وحد الحرابة القتل إلا أنها جرت على خلاف الأصل المذكور فى مسائل منها :

١ — أن المشرع سوى فى الحد بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار .

٢ — أنه سوى فى الحد بين شارب قطرة من الخمر وشارب جرة مع اختلاف مفاسدها .

٣ — أنه جعل عقوبة الحر والعبد سواء مع أن حرمة الحر أعظم لجلالة مقداره بدليل رجم المحصن دون البكر لعظم مقداره مع أن العبيد إنما ساوت الأحرار فى السرقة والحرابة لتعذر التجزئة بخلاف الجلد .

٤ — أنه سوى بين الجرح البسيط السارى للنفس والعظيم فى القصاص مع تفاوتهما .

٥ — أنه سوى بين قتـــل الرجل العالم الصالح التقى الشجاع البطل بالوضيع .

وأما التعزير فهو على وفق الأصل المذكور أبداً فيختلف دائماً باختلاف الجنايات .

قال ابن فرحون فى التبصرة : ولا يختص بفعل معين ولا قول معين ونذكر من ذلك بعض ما وردت به السنة :

(أ) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عزر الثلاثة الذين ذكرهم الله تعالى فى القرآن الكريم بالهجر فهجروا خمسين يوماً لم يكلمهم أحد وقصتهم مشهورة .

(ب) أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حلق رأس نصر بن حجاج ونفاه من المدينة لمـــا تغزل النساء به فى الأشعـــار وخشى الفتنة بها .

(ج) ما فعله صلى الله عليه وسلم بالعرنيين .

(د) أمره صلى الله عليه وسلم للمرأة التى لعنت ناقتها أن تخلى سبيلها(١)

---

(١) المشهور أن الأمر فى هذه القصة فردى لم يعرف العمل به .

(هـ) أن أبا بكر رضى الله عنه استشار الصحابة فى رجل ينكح كما تنكح النساء فأشار بحرقه بالنار فكتب أبو بكر بذلك إلى خالد ابن الوليد . ثم حرقهم عبدالله بن الزبير فى خلافته ثم حرقهم هشام بن عبد الملك وهو رأى ابن حبيب ذكره فى مختصر الواضحة .

(و) أن أبا بكر حرق جماعة من أهل الردة .

(ز) إباحته صلى الله عليه وسلم كسر دنان الخمر وشق ظروفها .

إلى غير ذلك من المسائل المذكورة فى كتب الفقه .

رابعاً : أن الحدود المقدرة لم توجد فى الشرع إلا فى معصية .

بخلاف التعزير فإنه تأديب يتبع المفاسد وقد لا يصحبها العصيان فى كثير من الصور كتأديب الصبيان والمجانين استصلاحاً لهم على عدم المعصية قيل : ومن هنا يبطل على الشافعى قوله فى الحنفى : إذا شرب النبيذ مما لم يسكر أحده وأقبل شهادته أما حده فللمفسدة الحاصلة من التوسل لإفساد العقل وأما قبول شهادته فلأنه لم يعص بنـاء على صحة التقليد عنده . قال : والعقوبات تتبع المفاسد لا المعاصى فلا تنافى بين عقوبته وقبول شهادته(١).

خامساً : إن الحدود لا تسقط بحال بخلاف التعزير فإنه قد يسقط وإن قلنا بوجوبه قال إمام الحرمين(٢) : إذا كان الجانى من الصبيان والمكلفين قد

---

(١) لنا رأى فى ذلك أوضحناه فى مؤلفنا العقوبة فى الفقه الإسلامى الطبعة الثانية ص ١٧ وهو أن التعزير لا يكون إلا فى معصية .

(٢) إمام الحرمين هو عبد الملك بن عبدالله بن يوسف بن محمد الجوينى أبو المعـالى الملقب بإمام الحرمين : أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعى ولد فى جوين من نواحى نيسابور سنة ٤١٩ هـ ورحل إلى بغداد فمكة حيث جاور أربع سنين وذهب إلى المدينـة فأفتى ودرس وقد توفى سنة ٤٧٨ هـ .

جنى جناية حقيرة والعقوبة الصالحة لها لا تؤثر فيه ردعاً والعظيمة التى تؤثر فيه لا تصلح لهذه الجناية سقط تأديبه مطلقاً .

أما العظيمة فلعدم موجبها وأما الحقيرة فلعدم تأثيرها .

قال ابن الشاط(1) : وبيان ضعف قول إمام الحرمين أن الجناية الحقيرة تسقط عقوبتها بل بطلانه أن قوله العقوبة الصالحة لها لا تؤثر فيه ردعاً قول متناف من جهة أنه لا معنى لكون العقوبة صالحة للجناية إلا أنها تؤثر فيها العادة الجارية ردعاً فإن كانت بحيث لا تؤثر ردعاً فليست بصالحة لها هذا أمر لا خفاء به ولا إشكال .

سادساً : إن التعزير يسقط بالتوبة ما علم فى ذلك خلاف والحدود لا تسقط بالتوبة عند البعض إلا فى الحرابة والردة فإنهما يسقط حدهما بالتوبة إجماعاً ، لقوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » .

ولقوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » .

ولا يقاس الزنا ونحوه من باقى المفاسد الموجبة للحد على هذا المجمع عليه فلا يقال مفسدة الكفر أعظم المفاسد والحرابة أعظم مفسدة من الزنا . فإذا أثرت التوبة فى سقوط هاتين المفسدتين العظيمتين فلأن تؤثر فيما دونهما من المفاسد بطريق الأولى . إذ المؤثر فى سقوط الأعلى أولى أن يؤثر فى

---

(1) ابن الشاط هو سراج الدين أبو القاسم قاسم بن عبدالله الأنصارى وله كتاب سمى إدرار الشروق على أنواء الفروق وهو مطبوع على هامش كتاب الفروق للإمام القرافى وقال فى مقدمة كتابه . إننى لما طالعت كتاب الإمام شهاب الدين أبى العباس أحمد ابن إدريس القرافى المالكى المسمى بأنوار البروق فى أنواء الفروق ألفيته قد حشد فيه وحشر وطوى ونشر وسلك السهول والنجود وورد البحور والثمود . خلا أنه ما استكمل التصويب والتنقيب ولا استعمل التهذيب والترتيب . فانتسب بسبب ذينك الأمرين إلى الإخلال بواجبين واحتجب لامع بروقه منها بحاجبين ، ولما كان الأول منهما فى مرتبة الضروريات والثانى فى درجة الحاجيات وضعت كتابى هذا لما اشتمل عليه من الصواب مصححاً . . .

سقوط الأدنى لأنا نقول القياس المذكور لا يصح أما بالنسبة للكفر فن وجوه :

١ – إن سقوط القتل فى الكفر يرغب فى الإسلام وكونه يبعث على الردة مدفوع بأن الردة قليلة فاعتبر جنس الكفر وغالبه .

٢ – إن الكفر يقع للشبهات فيكون فيه عذر فى نظر الكافر ولا يؤثر أحد أن يكفر لهواه بخلاف الزنا ونحوه فإنه لا يزنى أحد مثلا إلا لهواه فناسب التغليظ .

٣ – إن الكفر لا يتكرر غالباً وجنايات الحدود تتكرر غالباً فلو أسقطناها بالتوبة ذهبت مع تكررها وتجرأ عليها الناس باتباع أهويتهم .

وأما بالنسبة للحرابة فلأنا لا نسقطها بالتوبة إلا إذا لم تتحقق المفسدة بالقتل أو أخذ المال . أما متى قتل قتل إلا أن يعفو الأولياء عن اللم وإذا أخذ المال وجب الغرم وسقط الحد لأنه حد فيه تخيير بخلاف غيره فإنه محتوم والمحتوم آكد من المخير فيه .

سابعاً : إن تخيير الإمام فى نوع العقوبة يدخل فى التعازير مطلقاً ولا يدخل فى الحدود إلا فى الحرابة فى ثلاثة أنواع منها فقط – وتلك الثلاثة هى :

أحدها : ما فى قول أقرب المسالك : وتعين قتله إن قتل .

وثانيها : ما فى تبصرة ابن فرحون : إن طال أمره وأخذ المال ولم يقتل أحد فقد قال مالك وابن القاسم فى الموازية : يقتل ولا يختار الإمام فيه غير القتـــل .

وثالثها : ما فى التبصرة عن الباجى : قال أشهب فى الذى أخذ ولم يقتل ولم يأخذ المال : هذا الذى قال فيه مالك لو أخذ فيه بأيسر ذلك . قال عنه ابن القاسم : أحب أن يجلد وينفى ويحبس حيث نفى .

---

(١) انظر صفحات ٦٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

والمراد بالتخيير هنا[1] الواجب المطلق بمعنى الانتقال من واجب إلى واجب بشرط الاجتهاد المؤدى إلى ما يجب فى حق الإمام مما أدت إليه المصلحة لا التخيير بمعنى الإباحة المطلقة إذ لا إباحة هنا البتة. ولا التخيير بمعنى الانتقال من واجب إلى واجب بهواه.

ثامناً : الحدود لا تختلف باختلاف أحوال فاعلها.

أما التعزير فيختلف باختلاف الجانى والمجنى عليه والجناية.

ورد فى تبصرة ابن فرحون أن ابن قيم الجوزية قال : اتفق العلماء على أن التعزير مشروع فى كل معصية ليس فيها حد بحسب الجناية فى العظم والصغر، وبحسب الجانى فى الشر وعدمه، وبحسب المجنى عليه فى الشرف وعدمه، وفيها أيضاً أن التعازير تختلف بحسب اختلاف الذنوب وما يعلم من حال المعاقب من تجلده وصبره على يسيرها أو ضعفه عن ذلك، وانزجاره إذا عوقب بأقلها.

تاسعاً : إن الحدود لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار بخلاف التعزير فرب تعزير فى عصر يكون إكراماً فى عصر آخر ورب تعزير فى بلد يكون إكراماً فى بلد آخر كقلع الطيلسان كان بمصر تعزيراً وفى الشام إكراماً وككشف الرأس كان عند الأندلس ليس هواناً وبالعراق ومصر كان هواناً وأصبح اليوم عادة متبعة فى مختلف الأقطار.

عاشراً : إن التعزير يتنوع إلى ما هو خالص حق الله تعالى كالجناية على كتاب الله وإلى حق العبد كالشتم ونحوه.

والحدود لا يتنوع منها حد بل الكل حق الله تعالى إلا القذف على خلاف

---

(١) انظر ص ١٤ من هذا الكتاب.

فيه . أما أنها تارة تكون حقاً لله تعالى وتارة تكون حقاً لآدمى فلا يوجد ذلك البتة(١).

التعزير بالقتل :

هل يجوز أن يصل التعزير إلى القتل هذه هى المشكلة الكبرى التى لا تزال قائمة ويختلف فيها الفقهاء .

فهل يجوز أن يقتل الإمام من لا يزول فساده إلا بالقتل فى غير حد من حدود الله ؟

لا جدال فى أنه ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لا يحل دم امرىء مسلم إلا باحدى أحوال ثلاث : « كفر بعد إيمان وزنا بعد إحصان وقتل نفس بغير نفس » ومع ذلك فقد وردت أحاديث أخرى نص فيها على القتل فى غير هذه الحالات الثلاث مثل : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه » . « من أتى بهيمة فاقتلوه » . وقتل شارب الخمر إذا اعتاد ذلك وقتل السارق إذا اعتاد ذلك .

ومدار البحث فى هـذا الموضوع هل يجوز القتل سياسة أى القتل للمصلحة العامة ؟

قال البعض إن التعزير بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر فيجوز قتل الجاسوس المسلم إذا اقتضت المصلحة قتله وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد وأفتى به ابن عقيل وقد ذكر بعض أصحاب الشافعى وأحمد نحو ذلك فى قتل الداعية إلى البدعة كالتجهم والرفض وإنكار القدر .

وقد قيل إن عمر بن عبد العزيز(٢) قتل غيلان القدرى لأنه كان داعية إلى بدعته وكذلك قتل من لا يزول فساده إلا بالقتل وصرح به أصحاب أبى

---

(١) انظر ص ٢٠٨ جزء ٤ تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافى .

(٢) انظر ص ١٢٤ الطرق الحكمية لابن القيم طبعة سنة ١٩٦١ م .

حنيفة فى قتل اللوطى إذا أكثر من ذلك تعزيراً وإن كان أبو حنيفة لا يوجب الحد فى هذا ولا القصاص فيه وصاحباه يخالفانه فى المسألتين وهما مع جمهور الأمة .

والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه رضى الله عنهم يؤيد القول الأول وهو القتل(١).

ومع ذلك نجد من الفقهاء من لا يجوز عقوبة القتل تعزيراً قال أبو يوسف : حدثنى سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن عن أمية قال :

لما قدم البعض على عمر رضى الله عنه عند فتح تستر سألهم : « هل من مغربة خبر ؟ » أى هل من خبر جديد غريب ؟ . قالوا نعم . رجل من المسلمين لحق بالمشركين فأخذناه ، قال فما صنعتم به ؟ قالوا قتلناه . قال : « أفلا أدخلتموه بيتاً وأغلقتم عليه باباً ، وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتلتموه ؟ اللهم إنى لم أشهد ولم آمر ولم أرض إذ بلغنى(٢) » .

---

(١) انظر ص ٧٩ من السياسة الشرعية لابن تيمية « قالوا يجب على ولى الأمر أن يأمر بالصلوات المكتوبات جميع من يقدر على أمره ، ويقتل التارك عند جمهور المسلمين ، وكذلك يقاتل من ترك الزكاة والصيام وغيرهما – وعلى استحلال ما كان من المحرمات الظاهرة المجمع عليها كنكاح ذوات المحارم والفساد فى الأرض ونحو ذلك . فكل طائفة ممتنعة عن التزام شريعة من شرائع الإسلام الظاهرة المتواترة يجب جهادها حتى يكون الدين كله لله باتفاق العلماء ، وإن كان التارك للصلاة واحداً فقد قيل إنه يعاقب بالضرب والحبس حتى يصلى وجمهور العلماء على أنه يجب قتله إذا امتنع عن الصلاة بعد أن يستتاب فإن تاب وصلى ، وإلا قتل ، وهل يقتل كفراً أو حداً ؟ قولان » .

(٢) كتاب الخراج للقاضى أبى يوسف . ومع ذلك فإننا نرى أن الاستدلال بما ورد عن عمر عند فتح تستر فى غير محله لأن المرتد يستتاب قبل قتله فعمر قد عاب عليهم تسرعهم . وهذا الخبر لا يروى فى باب التعزير ويجب أن يكون محله الحدود عند الكلام فى حد الردة ، فاستدلال البعض به فى باب التعزير فى غير محله .

كما قال أبو يوسف : وسألت يا أمير المؤمنين عن الجواسيس يوجدون وهم من أهل الذمة أو أهل الحرب أو من المسلمين فإن كانوا من أهل الحرب أو من أهل الذمة ممن يؤدى الجزية من اليهود والنصارى والمجوس فاضرب أعناقهم وإن كانوا من أهل الإسلام معروفين فأوجعهم وأطل حبسهم حتى يحدثوا توبة[1].

إجراءات الأمن والوقاية :

تعرف الشريعة أيضاً إجراءات الأمن والوقاية وأهم هذه الإجراءات التغريب . والتغريب هو النفى والإبعاد إلى مسافة تقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى نفى منه[2].

فإن انقضت المدة فهو بالخيار بين الإقامة وبين العود إلى موضعه ، وإن رأى الإمام أن ينفيه إلى أبعد من مبدأ المسافة التى تقصر فيها الصلاة كان له ذلك لأن عمر بن الخطاب غرب إلى الشام ، وغرب عثمان إلى مصر ، ومدة التغريب سنة فإن رأى أن يزيد على سنة لم يجز لأن مدة السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها .

وحكى عن أبى هريرة عن على بن أبى طالب أنه قال : يغرب إلى حيث ينطلق عليه اسم الغربة وإن كان دون ما تقصر فيه الصلاة ، لأن القصد تقويمه بالغربة ، وذلك يحصل بدون ما تقصر فيه الصلاة .

---

(١) من الثابت أن الجاسوس المسلم يقتل إذا كان قصده الإضرار بالمسلمين وقتله فى هذه الحالة على سبيل التعزير (انظر ص ٧٥ وما بعدها من مؤلفنا المسئولية الجنائية الطبعة الثانية) .

(٢) تقصر الصلاة الرباعية إلى النصف فى السفر الذى يزيد على ثمانين كيلو متراً بحراً أو براً أو جواً : على الراحلة أو فى القطار أو السفينة أو الطائرة . فإذا نوى الإنسان الإقامة فى البلد أربعة أيام لا يقصر الصلاة وإن نوى الإقامة أقل من ذلك فإنه يقصر ، وإن لم ينو الإقامة وكان ينتظر فراغ عمله يقصر إلى أن ينتهى من عمله ولو أقام شهوراً .

الجرائم المعاقب عليها بالتغريب :

١ ـ تغريب الزانى :

قال الرسول عليه الصلاة والسلام « خذوا عنى ، خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » والحديث رواه مسلم وأصحاب السنن عن عبادة بن الصامت ، وقال الترمذى حسن صحيح .

وإختلف فى النفى :

فقال الحنفية هو حبسه حيث يرى الإمام وروى مثله عن إبراهيم وروى عن إبراهيم رواية أخرى وهو أن نفيه طلبه .

وقال مالك : ينفى إلى بلد آخر غير البلد الذى يستحق فيه العقوبة فيحبس هناك .

وقال مجاهد وغيره : هو أن يطلب الإمام توقيع الحد عليه حتى يخرج عن دار الإسلام .

ويحتج الطرف الآخر « المالكية والشافعية » :

١ ـ بالحديث المروى عن عبادة بن الصامت السابق ذكره .

٢ ـ بالحديث الذى رواه مالك عن ابن شهاب عن عبيدالله بن عبدالله ابن عتبة بن مسعود عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أنهما أخبراه أن رجلين إختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهما : يا رسول الله إقض بيننا بكتاب الله . وقال الآخر وهو أفقههما : أجل يا رسول الله فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فى أن أتكلم . فقال : تكلم . قال : إن إبنى كان عسيفاً : « أجيراً » على هذا فزنا بامرأته . فأخبرونى أن على إبنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة وبجارية لى . ثم إنى سألت أهل العلم فأخبرونى أن ما على إبنى جلد مائة وتغريب عام وأخبرونى إنما الرجم على امرأته فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . أما غنمك وجاريتك فرد عليك ، وجلد ابنه مائة وغربه عاماً . وأمر أنيسا الأسلمى أن يأتى امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها [1].

٣ ـ ما ورد عن مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن أبا بكر الصديق أتى برجل قد وقع على جارية بكر فأحبلها ثم اعترف على نفسه بالزنا ولم يكن أحصن فأمر به أبو بكر فجلد الحد ثم نفى إلى فدك .

ومع ذلك فقد منع أبو حنيفة تغريب الزانى اكتفاء بجلده ، واحتج الحنفية على ذلك بقوله عز وجل « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » والاستدلال به من وجهين .

١ ـ إن الله عز وجل أمر بجلد الزانية والزانى ولم يذكر التغريب فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحـــد .

٢ ـ التغريب يعرض المتغرب للزنا لأنه ما دام فى بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيخلو الداعى من الموانع فيقدم عليه .

وفعل الصحابة محمول على أنهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التعزير : ألا ترى أنه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال لا أنفى بعدها أبداً ، وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال كفى بالنفى فتنة فدل أن فعلهم كان على طريق التعزير ونحن نقول إن للإمام أن ينفى إن رأى المصلحة فى التغريب ويكون النفى تعزيراً لا حداً .

وقال مالك فى الموازية : ينفى من مصر إلى الحجاز ومن المدينة إلى فدك وخيبر ، كذلك نفى عمر بن عبد العزيز من مصر إلى شعب [2].

---

(١) انظر ص ١٣٦ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ .

(٢) الشعب بكسر الشين الطريق فى الجبل والشعب بفتح الشين الحى العظيم الذى يضم

وقال ابن القاسم : وينفى من مصر إلى أسوان وإلى أدون منها وذلك بحيث يثبت له حكم الاغتراب ولا يبعد كل البعد بحيث لا يدرك منفعة أهله وماله وأجرة سفره عليه وان لم يكن له ففى بيت المال .

ويكتب إلى والى البلد الذى يغرب إليه أن يقبض عليه ويحبسه سنة ، قال ابن القاسم فى الموازية : قال ابن حبيب عن مطرف : يؤرخ يوم سجنه ومعنى ذلك أن يتوصل إلى معرفة استيعابه العام [1] .

كما اختلف فى تغريب المرأة ؛ فقال الشافعي والحنابلة : إنها تغرب كالرجل وقال المالكية وغيرهم لا تغرب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا زنت الأمة فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير » . وهذا موضع تعليم فاقتضى أنه استوعب ما عليها . ومن جهة المعنى أن المرأة عورة وفى تغريبها تعريض لها لزوال الستر عنها [2] .

ورد فى المغنى :

ويغرب البكر الزانى حولا كاملا فإن عاد قبل مضى الحول أعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافراً ، ويغرب الرجل إلى مسافة القصر لأن ما دونها فى حكم الحضر بدليل أنه لا يثبت فى حقه أحكام المسافرين ولا يستبيح شيئاً من رخصهم . فأما المرأة فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر وإن لم يخرج معها محرمها فقد نقل عن أحمد أنها تغرب إلى دون مسافة القصر لتقرب من أهلها فيحفظوها [3] .

قبائل متعددة والشعب بفتح الشين أيضاً حى من اليمن ويطلق الشعب على البعد والبعيد ولا ندرى ما المراد بالنفى إلى شعب .

(١) انظر ص ١٣٧ جزء ٧ المنتقى شرح الموطأ للباجى .

(٢) انظر ص ١٣٨ نفس المرجع .

(٣) انظر ص ١٣٥ ، المغنى جزء ١٠ وانظر ص ١٦٢ العقوبة فى الفقــه الإسلامى الطبعة الثانية .

(ب) تغريب قاطع الطريق :

قال الله تعالى : «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض» .

وقد اختلف أهل التأويل فى تفسير هذا إلى أربعة أقوال :

أحدها : أنه إبعادهم عن بلاد الإسلام إلى بلاد أخرى وهذا قول أنس ابن مالك والحسن وقتاده والزهرى .

والثانى : أنه إخراجهم من مدينة إلى أخرى وهذا قول عمر بن عبد العزيز رحمه الله وسعيد بن جبير .

والثالث : أنه الحبس وهو قول أبى حنيفة ومالك .

والرابع : وهو أن يطلبوا لإقامة الحدود عليهم فيبعدوا وهذا قول ابن عباس والشافعى .

وقد قيل إنه لا ينفى إلا من لم يأخذ المال ولم يقتل وقال قوم بل الإمام مخير فيهم على الاطلاق سواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه .

(ج) تغريب المخنث :

قال أحمد رحمه الله فى المخنث فى رواية المروزى :

« حكمه أن ينفى » . وقال فى رواية اسحق وقد سئل عن التغريب فى الخمر قال : لا « إلا فى الزنا والمخنث » ونفيه مقدر بما دون الحول واو بيوم لئلا يصير مساوياً لتغريب الزنا .

(د) التغريب للمصلحة العامة :

يجوز للمشرع أن يفرض عقوبة التغريب على جرائم تمس المصلحة العامة خلاف ما ذكرناه من جرائم .

وقد نفى عمر بن الخطاب معن بن زائدة عندما اصطنع خاتماً على نقش خاتم بيت المال وأخذ بهذه الوسيلة منه مالا ، وذلك بعد ما عاقبه بالضرب وحبسه .

الإعفاء من العقاب

جريمة السرقة :

من سرق من أبويه وإن عليا أو ولده وإن سفل أو ذى رحم محرم منه[1] لم يقطع .

وهو رأى الحنفية والجمهور وذلك لأن هذه الصلة تكون عادة معها سماحة فى المال والإذن بالدخول فى الحرز حتى يعد كل واحد منهما بمنزلة الآخر . ولذا منعت شهادته شرعاً[2] .

ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام : أنت ومالك لأبيك .

وقال مالك وبعض الفقهاء : يقطع بالسرقة من الأبوين لأنه لا حق له فى مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما .

وقال أبو ثور وابن المنذر : يقطع الأب أيضاً فى سرقة مال ابنه لظاهر الآيـــة .

وقال الشافعى : يقطع فى السرقة من غير قرابة الولاد .

فالشافعى ألحق غير الولاد بالقرابة البعيدة وألحقهم الحنفية بقرابة الولاد إذ فى رأيهم أن الشرع ألحقهم بهم فى إثبات الحرمة وافتراض الوصل فلذا ألحقوهم بهم فى عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولأن الإذن بين هؤلاء

---

(١) هو الذى لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة لم يجز له أن يتزوجها من أجل الرحم الذى بينهما .

(٢) انظر ص ٢٣٩ فتح القدير جزء ٤ ، وانظر تفصيل الرأى فى القرطبى جزء ٦ ص ١٧٠ .

ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة .

وإن سرق الابن من أمه من الرضاعة قطع وهو قول أكثر الفقهاء ، وعن أبي يوسف لا يقطع لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة[1] .

وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر لم يقطع لوجود الإذن فى الدخول فاختل شرط الحرز .

وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاص به لا يسكنان فيه فلا يقطع عند الحنفية خلافاً للشافعى فى أحد أقواله .

وبهذا قال مالك وأحمد ، وفى قول آخر كقول الحنفية وفى قول ثالث يقطع الرجل خاصة لأن للمرأة حقاً فى ماله بالنفقة ، وحجتهم :

١ - أن بينهما سماحة فى الأموال عادة فإنها لما بذلت نفسها وهى أنفس من المال كانت بالمال أسمح .

٢ - أن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفى موطأ مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال : « ليس عليه شى . خادمكم سرق متاعكم » . فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى .

جريمة القتل :

لا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة : قلت خص به عموم الكتاب لأنه لحقه الخصوص فإن المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده .

---

(١) وهذا الرأى فيه نظر فقد قال رجل للنبى صلى الله عليه وسلم ما معناه : أأستأذن على أمى وليس لها غيرى فقال عليه الصلاة والسلام : أتحب أن تراها عريانة ؟ ؟

ويتعدى هذا الحكم من الوالد إلى الجد مطلقاً وإلى الأم والجدات كذلك فإنهم أسباب لإحيائه فلا يحق أن يكون سبباً لاقصائهم .

وذكر الإمام البزدوى : إن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصاً أو ناسخاً حكم الكتاب .

قال قاضى زادة : الحق ما ذكره الإمام البزدوى لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لأن حاصل ما قاله أن الكتاب فى حكم القصاص صار مماً خص منه البعض بعدم اختصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنياً فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص فى القتل بالسنة ، ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام إذ قد تقرر فى الأصول أن العام الذى خص منه البعض إنما يصير ظنياً إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به .

وأما إذا كان البعض من العام مخرجاً بدليل مفصول عنه ، فيكون عمومه منسوخاً لا مخصوصاً ويصير قطعياً فى الباقى . ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاماً موصولا بها فلا ينافى قطعيتها . فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثاً مشهوراً كما عرف فى أصول الفقه فلا بد من المصير هنا إلى ما ذكره الإمام البزدوى[1] .

والعلة فى أنه لا يقاد بولده لأنه سبب إحيائه فمن المحال أن يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده فى صف الأعداء مقاتلا أو زانياً وهو محصن .

وخلاصة القول :

١ ــ قال الحنفية وأحمد والأوزاعى والشافعى : لا يقتل الوالد بولده وعليه الدية فى ماله ، وسووا بين الأب والجد وروى ذلك عن عطاء ومجاهد

وقال الحسن بن صالح يقاد الجد بابن الابن وكان يجيز شهادة الجد لابن ابنه ولا يجيز شهادة الأب لابنه .

---

(١) انظر ص ١٧٤ المهذب جزء ٢ وانظر ص ١٤١ جزء ٢ الميزان للشعرانى .

وحجتهم ؛ حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يقتل والد بولده . كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم حنظلة بن أبى عامر الراهب عن قتل أبيه وكان مشركاً محارباً لله ولرسوله وكان مع قريش يقاتل النبى صلى الله عليه وسلم يوم أحد — فلو جاز للابن قتل أبيه فى حال لكان أولى الأحوال بذلك حال من قاتل النبي عليه الصلاة والسلام وهو مشرك إذ لا يجوز أن يكون أحد أولى باستحقاق العقوبة والذم والقتل من هذه حاله . فلما نهاه عليه السلام عن قتله فى هذه الحالة علمنا أنه لا يستحق قتله بحال(١).

٢ — وقال عثمان البتى : إذا قتل ابنه عمداً قتل به ، وقال مالك يقتل به وقد حكى عنه إذا ذبحه قتل به وإن حذفه بالسيف غير قاصد لقتله لم يقتل به والجد فى ذلك كالأب .

كما اتفق الفقهاء على أن الابن إذا قتل أحد أبويه قتل به(٢).

وقد ورد فى أحكام القرآن للقرطبى :

قال مالك وابن نافع وابن عبد الحكم : يقتل به . قال ابن المنذر : وبهذا نقول لظاهر الكتاب والسنة ، فأما ظاهر الكتاب فقوله تعالى : «كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد» والثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولا نعلم خبراً ثابتاً يجب به استثناء الأب من جملة الآية ، وقد روينا فيه أخباراً غير ثابتة . وحكى الكيا الطبرى عن عثمان البتى أنه يقتل الوالد بولده ؛ للعمومات فى القصاص ، وروى مثل عن مالك ، ولعلهما لا يقبلان أخبار الآحاد فى مقابلة عمومات القرآن .

---

(١) انظر ص ١٦٩ جزء أول أحكام القرآن للجصاص ، وانظر ص ٥٢٢ جزء ثانى أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ١٤١ الميزان جزء ٢ .

قلت : لا خلاف فى مذهب مالك أنه إذا قتل الرجل ابنه متعمداً مثل أن يضجعه ويذبحه أو يصبره[1] مما لا عذر له فيه ولا شبهة فى ادعاء الخطأ — أنه يقتل به قولاً واحداً . فأما إن رماه بالسلاح أدباً أو حنقاً فقتله ، ففيه فى المذهب قولان : يقتل به ، ولا يقتل ، وتغلظ الدية ، وبه قال جماعة العلماء .

ويقتل الأجنبي بمثل هذا .

وقال ابن العربى : « سمعت شيخنا فخر الإسلام الشاشى يقول فى النظر : لا يقتل الأب بابنه ، لأن الأب كان سبب وجوده ، فكيف يكون هو سبب عدمه ؟ وهذا يبطل بما إذا زنا بابنته فإنه يرجم ، وكان سبب وجودها وتكون هى سبب عدمه ، ثم أى فقه تحت هذا ، ولم لا يكون سبب عدمه إذا عصى الله تعالى فى ذلك . وقد أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يقاد الوالدبولده ، وهو حديث باطل ، ومتعلقهم أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه قضى بالدية مغلظة فى قاتل ابنه ولم ينكر أحد من الصحابة عليه فأخذ سائر الفقهاء رضى الله عنهم المسئلة مسجلة[2] وقالوا : لا يقتل الوالد بولده ، وأخذها مالك محكمة مفصّلة فقال : إنه لو حذفه بالسيف وهذه حالة محتملة لقصد القتل وعدمه ، وشفقة الأبوة شبهة منتصبة شاهدة بعدم القصد للقتل تسقط القود ، فإذا أضجعه كشف الغطاء عن قصده فالتحق بأصله » .

قال ابن المنذر : وكان مالك والشافعى وأحمد واسحاق يقولون : إذا قتل الابن الأب قتل به[3] » .

---

(١) كل ذى روح يوثق حتى يقتل فقد قتل صبراً — وصبر الإنسان وغيره على القتل : أن يحبس ويرمى حتى يموت .

(٢) مرسلة مطلقة .

(٣) انظر ص ٢٥١ جزء ٢ أحكام القرآن للقرطبى .

جريمة القذف :

إن قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور : يجب عليه لعموم الآية والمذهب الأول لأنه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص(١).

وقد حدث مالك عن زريق بن حكيم أن رجلا يقال له مصباح استعان ابناً له فكأنه استبطأه فلما جاءه قال له يا زانى ، فاستعدانى عليه فلما أردت أن أجلده قال ابنه والله لئن جلدته لابوأن على نفسى بالزنى فلما قال ذلك أشكل على أمره فكتبت فيه إلى عمر بن عبد العزيز وهو الوالى يومئذ أذكر له ذلك فكتب إلى أن أجز عفوه .

ورد فى المنتقى شرح الباجى :

قول مصباح لابنه على وجه السب يا زانى قذف له يجب عليه من الحد ما يجب على القاذف . وقوله فاستعدانى عليه فلما أردت أن أجلده ، يقتضى أنه كان يرى أن الأب يجلد لقذف ابنه بما يخصه من القذف وبه قال مالك وأصحابه ، إلا ما رواه ابن حبيب عن أصبغ ، أنه لا يحد الأب له أصلا وبه قال أبو حنيفة والشافعى .

ووجه قول مالك أن من يقتل به إذا أقر بأنه أراد قتله فإنه يحد لقذفه إذا كان محصناً أصل ذلك الأجنبى . ووجه قول أصبغ يحتمل أن يكون مبنياً على قول أشهب لا يقتل الأب بابنه . فإذا قلنا يحد الأب لابنه فإن ذلك يسقط عدالة الابن رواه ابن المواز قال : لأن الله تبارك وتعالى قال فى كتابه ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وهذا يضربه(٢).

---

(١) انظر ص ٢٧٢ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٤٧ المنتقى جزء ٧ .

مراعاة حال الجاني عند تنفيذ العقوبة :

١ – المريض :

يلاحظ الإمام حال المتهم فإن كان شيخاً كبيراً يجب أن يقتصر من الضرب على شماريخ أو درة أو نحو ذلك ويجوز أن يجمع الضرب أيضاً فيضربه مرة واحدة .

روى أنه اشتكى رجل من الأنصار حتى أضنى فعاد جلده على عظم فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها فوقع عليها فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لى النبى صلى الله عليه وسلم فإنى وقعت على جارية دخلت على . فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالوا : ما رأينا أحداً به من الضر مثل الذى هو به . لو حملناه إليك لتفسخت عظامه . ما هو إلا جلد على عظم . فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له شماريخ مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة . وفى رواية قال فيه : فيخذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة ففعلوا[1] .

قال الجصاص :

« أما ضرب الزانى بشماريخ لم يجز إذا كان صحيحاً . ولو جمع أسواطاً فضربه بها وأصابه كل واحد منها وأعيد عليه ما وقع عليه من الأسواط وإن كانت مجتمعة فلا فرق بين حال الجمع والتفريق . أما فى المرض فجائز أن يقتصر من الضرب على شماريخ أو درة أو نحو ذلك فيجوز أن يجمعه أيضاً ، فيضربه به ضربة » .

أما إذا كان المريض ينتظر شفاؤه ووجب عليه حد من الحدود فى زنا أو شرب أو سرقة حبس حتى يبرأ لما روى عن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) انظر ص ٤٧٢ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

وسلم أنه أمر علياً رضى الله عنه بإقامة حد على أمة فرأى بها أثر الدم فرجع ولم يقمه عليها . ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وإنما يحمل هذا على أن أثر الدم بها كان نفاساً لا حيضاً لأن الحائض بمنزلة الصحيحة فى إقامة الحد عليها والنفساء بمنزلة المريضة .

ولأنه لو أقام الحد على المريض ربما ينضم ألم الجلد إلى ألم المرض فيؤدى إلى هلاك الجانى والحد إنما يقام للزجر لا للإهلاك .

أما إذا كان المريض مريضاً مرضاً لا يرجى شفاؤه واستحكم ذلك المرض فالراجح أنه يقام عليه الحد إذا لم يكن هذا الحد رجماً .

أما الرجم فيقام من بادىء الأمر برغم المرض لأن الرجم مفروض فيه أنه عقوبة مهلكة فلا يمتنع إقامتها بسبب المرض(١).

ويلحق بالمرض البرد الشديد أو الحر الشديد الذى يخاف أن يهلك فيه الجانى إذا أقيم عليه — فالإمام يحبسه إلى أن يكشف البرد أو الحر .

وإن حبس الجانى إلى انقضاء الحر أو البرد فمات فى السجن فضمان المسروق دين فى تركته لأنه تعذر استيفاء القطع(٢).

ورد فى المنتقى :

ولا يقطع السارق فى شدة البرد مما يكون القطع فيه حتفاً ويقطع فى شدة الحر وليس بمتلف وإن كان فيه بعض الخوف رواه فى الموازية أشهب عن مالك . وقال ابن القاسم : أرى أن يؤخر فى الحر إذا خيف فيه ما يخاف فى شدة البرد وأما المرض المخوف فلا يقطع فيه ولا يجلد لحد ولا نكال(٣) .

---

(١) انظر ص ١٠١ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ١٣٧ جزء ٤ فتح القدير .

(٢) انظر ص ١٨٥ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ١٦٨ جزء ٧ المنتقى شرح الباجى .

ورد فى المغنى :

والمريض على ضربين :

أحدهما : يرجى برؤه فقال أصحابنا «أى الحنابلة» يقام عليه الحد ولا يؤخر كما قال أبو بكر فى النفساء ، وهذا قول اسحق وأبى ثور لأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك فى الصحابة فلم ينكروه . فكان إجماعاً ولأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة . قال القاضى : وظاهر قول الخرقى : تأخيره لقوله فيمن يجب عليه الحد ؛ وهو صحيح عاقل ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لحديث على رضى الله عنه فى التى هى حديثة عهد بنفاس وما ذكرناه من المغنى . وأما حديث عمر فى جلد قدامة فإنه يحتمل أنه كان مريضاً مرضاً خفيفاً لا يمنع من إقامة الحد على الكمال ولهذا لم ينقل عنه أنه خفف عنه فى السوط وإنما اختار له سوطاً وسطاً كالذى يضرب به الصحيح ثم إن فعل النبى صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل عمر مع أنه اختيار على وفعله وكذلك الحكم فى تأخيره لأجل الحر والبرد المفرط .

والضرب الثانى : المريض الذى لا يرجى برؤه فهذا يقام عليه فى الحال ولا يؤخر ، بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعى . وأنكر مالك هذا وقال : قد قال الله تعالى «فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» وهذا جلده واحدة .

ويرد الحنفية على الإمام مالك بقولهم : يجوز أن يقام ذلك فى حال العذر مقام مائة كما قال الله تعالى فى حق أيوب «وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث» وهذا أولى من ترك حده بالكلية أو قتله بما لا يوجب القتل[1].

---

(١) انظر ص ١٤١ المغنى جزء ١٠ .

وهذا الخلاف فى التفاصيل : أما عند مالك الكبر والهرم والضعف عن حمل الحد فقد قال

ولابن حزم رأى فى هذا الشأن قال :

« المريض إذا أصاب حداً من زنا أو قذف أو خمر لا بد فيه من أحد أمرين لا ثالث لهما إما أن يعجل له الحد وإما أن يؤخر عنه فإن قالوا « يؤخر » قلنا لهم : « إلى متى ؟ » فإن قالوا « إلى أن يصح » قلنا لهم « ليس لهذا أمد محدود وقد تتعجل الصحة وقد تبطىء عنه . وقد لا يبرأ فهذا تعطيل للحدود » وهذا لا يحل أصلا لأنه خلاف أمر الله تعالى فى إقامة الحدود فلم يبق إلا تعجيل الحد كما قلنا .

ويؤكد ذلك قول الله تعالى : « وسارعوا إلى مغفرة من ربكم » . فصح أن الواجب أن يجلد كل واحد على حسب وسعه الذى كلفه الله تعالى أن يصبر له ، فمن ضعف جداً جلد بشمراخ فيه مائة عثكول جلدة واحدة أو فيه ثمانون عثكالا كذلك . ويجلد فى الخمر إن اشتد ضعفه بطرف ثوب على حسب طاقة كل أحد ولا مزيد ، وبهذا نقول ونقطع أنه الحق » .

٢ ـ المرأة الحامل :

إن كانت المرأة المطلوب توقيع عقوبة الجلد أو الرجم حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية . فإنها لما أقرت أن بها حبلا من الزنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذهبي حتى تضعى حملك ولحديث معاذ رضى الله عنه حين هم برجم المغنية : إن يكن لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها وهو المعنى لأن ما فى بطنها نفس محترمة فإن المخلوق من ماء الزنا له من الحرمة والعهد ما لغيره ولم يوجد منه جناية . ولو رجمت كان فيه إتلاف الولد . ولو تركت هربت وليس للإمام أن يضيع الحد بعد ما ثبت عنده ببينة فيحبسها حتى تلد . ثم إن كان حدها الرجم رجمها لأن إتلافها مستحق وإنما تؤخر لحق الولد وقد انفصل الولد عنها وإن كان حدها الجلد تؤخر إلى

مالك : يجلد ولا يؤخر إذ ليس لإفاقتهم وقت يؤخرون إليه .

انظر ص ١٤٧ جزء ٣ المنتقى .

أن تتعافى من نفاسها لأن النفساء فى حكم المريضة والحدود فيما دون النفس لا تقام فى حالة المرض . ولأنه إذا انضم ألم الجلد إلى ألم الولادة ربما يؤدى إلى الإتلاف وهو غير مستحق فى هذه الحالة فتؤخر إلى أن تتعافى من نفاسها .

روى مسلم وأبو داود عن بريدة قال :

إن ماعز بن مالك الأسلمى أتى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله ، إنى قد ظلمت نفسى وزنيت ، وإنى أريد أن تطهرنى ، فرده . فلما كان من الغد أتاه . فقال : يا رسول الله ، إنى قد زنيت ، فرده الثانية ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى قومه . فقال : تعلمون بعقله بأساً ؟ تنكرون منه شيئاً ؟ قالوا : ما نعلمه إلا وفى العقل من صالحينا فيما نرى . فأتاه الثالثة ، فأرسل إليهم أيضاً . فسأل عنه ؟ فأخبروه أنه لا بأس به ، ولا بعقله . فلما كان الرابعة حفر له حفرة ، ثم أمر به فرجم .

وقال : فجاءت الغامدية فقالت : يا رسول الله ، إنى قد زنيت فطهرنى . وأنه ردها . فلما كان من الغد ، قالت : يا رسول الله لم تردنى ؟ لعلك أن تردنى كما رددت ماعزاً ، والله إنى لحبلى . قال : اما لا ، فاذهبى حتى تلدى . فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة . قالت : هذا قد ولدته . قال : فاذهبى فأرضعيه حتى تفطميه . فلما فطمته أتته بالصبى فى يده كسرة خبز فقالت : هذا يا نبى الله قد فطمته ، وقد أكل الطعام . فدفع الصبى إلى رجل من المسلمين . ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها ، فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها ، فتنضج الدم على وجه خالد[1] ، فسبها . فسمع نبى الله صلى الله عليه وسلم سبه إياها . فقال : مهلا يا خالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له . ثم أمر بها فصلى عليها ودفنت .

---

(١) تنضج : ترشش وانصب . انظر ص ٢٨٠ جزء ٤ جامع الأصول من أحاديث الرســول .

وإن شهد الشهود على المرأة بالزنا وحكم عليها بالرجم فمجرد ادعائها بالحمل لا يستتبع تأجيل تنفيذ العقوبة ولا يكون قولها حجة فى ذلك . ولكن القاضى يعرضها على النساء الخبيرات فى هذا الأمر .

ورد فى المبسوط : « فإن شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها حبلت فمجرد قولها لا يكون حجة فيما يؤخر الحد عنها كما لا يكون حجة فى السقوط ولكن القاضى يريها النساء لأن هذا شيء يطلع عليه النساء وما يشكل على القاضى فإنما يرجع فيه إلى من له بصر فى هذا الباب كما فى قيم المتلفات .

والأصل فى ذلك قوله تعالى : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » فإن قلن هى حبلى حبسها إلى سنتين فإن لم تلد رجمها للتيقن بكذبهن فإن الولد لا يبقى أكثر من سنتين[1].

وقد قال بعض الفقهاء إن المرأة بعد ولادتها ووجد لابنها ما يسترضع له به أو كان له من يرضعه أقيم عليها الحد ولا تؤخر حتى تغتسل من نفاسها قال محمد : وهذا فى القتل والرجم .

وحكى ابن مزين عن أصبغ عن ابن القاسم : وكذلك كل حد يكون فيه القتل فإنه يستعجل بالمريض ولا ينتظر إفاقته[2].

٣ ــ فقد أحد الأطراف أو بعضها :

القاعدة الشرعية أن السارق تقطع يده اليمنى إذا ثبتت عليه جريمة السرقة[3]. فإن كان السارق أشل اليد اليمنى ، واليد اليسرى صحيحة قطعت

---

(١) انظر ص ٧٣ جزء ٩ المبسوط ، وفى الموازية فى المشهود عليها بزنى أو شرب خمر أو قذف أو قصاص بأنها حامل لا يعجل عليها الإمام حتى يتبين أمرها فإن كانت حاملا تركت حتى تضع .

انظر ص ١٣٦ جزء ٧ المنتقى .

(٢) انظر ص ١٣٦ جزء ٧ المنتقى .

(٣) جعل الله حد السرقة قطع اليد لتناول المال ولم يجعل حد الزنى قطع الذكر مع وقوع الفاحشة به لثلاثة معان .

اليمنى لأن اليمنى لو كانت صحيحة وجب قطعها بسبب السرقة فإذا كانت شلاء أولى .

وهذا بخلاف ما إذا كانت يده اليسرى شلاء فإنه لا تقطع يده اليمنى لأن شرط استيفاء القطع أن لا يكون مفوتاً منفعة الجنس ، وفى قطع اليمنى إذا كانت اليسرى شلاء تفويت منفعة البطش وإذا كانت اليسرى صحيحة فليس فى قطع اليمنى تفويت منفعة البطش ولا تقطع الرجل اليسرى أيضاً لأن فيه تفويت منفعة المشى فإن اليد اليسرى إذا كانت شلاء فقطعت رجله اليسرى لا يمكنه المشى بعصى بخلاف ما إذا كانت يده اليسرى صحيحة .

فإن قيل : التفويت لا يكون باستيفاء اليد اليمنى بل بالشلل فى اليسرى قلنا : لا كذلك فالحكم إذا كان ثابتاً بعلة ذات وصفين يحال به على آخرهما وجوداً وآخرهما قطع اليد اليمنى ههنا فكان التفويت مضافاً إليه . وكذلك إذا كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى لأن فيه تفويت منفعة الجنس وهو المشى فإنه لا يمكنه المشى بعده بعصى . فإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى لأنه ليس فيه تفويت فإنه يتمكن من المشى بعصى إذا كانت يده اليسرى صحيحة(1) .

وإذا كانت أصبعان من اليسرى مقطوعتين لم تقطع يده اليمنى فى السرقة الأولى لأن قطع الأصبعين ينقص من البطش باليد اليسرى أو يفوت بمنزلة الشلل فقطع اليد اليمنى بعد ذلك يكون تفويتاً لمنفعة الجنس .

= ١ – أحدها : أن للسارق مثل يده التى قطعت فإن انزجر بها إعتاض بالثانية . وليس للزانى مثل ذكره إذا قطع فلم يعتض بغيره لو انزجر بقطعه .

٢ – الثانى : أن الحد زجر للمحدود وغيره ، وقطع اليد فى السرقة ظاهر . وقطع الذكر فى الزنى باطن .

٣– الثالث : أن قطع الذكر فيه ابطال للنسل وليس فى قطع اليد إبطاله .

انظر ص ١٧٥ جزء ٦ القرطبى .

(١) انظر ص ١٧٥ جزء ٩ المبسوط .

وكذلك إن كانت الإبهام وحدها مقطوعة لأن منفعة البطش منها تفوت بقطعها كما تفوت بالشلل .

وإذا كانت أصبع واحدة سواها مقطوعة قطعت اليد اليمنى لأن قطع الأصبع الواحدة سوى الإبهام لا يفوت منفعة البطش من اليسرى فقطع اليد اليمنى فى هذه الحالة لا يفوت عليه منفعة البطش .

وإن كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع فإن كان يستطيع القيام والمشى عليها قطعت يده وإن كان لا يستطيع أن يمشى عليها لم تقطع وكذلك إن كان المقطوع من رجله اليسرى أصبعين لأن فيه تفويت منفعة المشى [1].

وقد ورد فى كتب المالكية عن هذا :

« إن الشرع قرر أنه إنما تقطع فى السرقة اليمنى لمن كانت يداه سالمتين فمن كانت يمناه ناقصة الأصابع أو أصبعين لم تقطع قاله فى الموازية ابن القاسم وأشهب .

قال القاضى أبو محمد : لأن بقاء أكثر الأصابع يبقى معه أكثر المنافع وبقاء الأكثر كبقاء الجميع وذهاب أكثرها يذهب معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع .

وإن كانت يده اليمنى شلاء ففى الموازية إن كان الشلل يميناً لا يقتص منها . ولو أخطأ الذى قطعه فقطع يده اليسرى أولا فقد قال مالك يجزىء ذلك عنه . فإن سرق ثانية فقد قال ابن القاسم فى المزنية تقطع رجله اليمنى وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع تقطع رجله اليسرى واحتج عيسى بقول ابن القاسم أنه لما أجزأه قطع اليسرى أول مرة كان ذلك بمنزلة أن يكون القطع تعلق بها أولا وشرعت المخالفة فى المرة الثانية فلزم أن تقطع رجله

---

(١) انظر ص ١٧٧ جزء ٩ المبسوط .

اليمنى . واحتج ابن نافع بقوله بأن قطع اليسرى أولا إنما كان على وجه الخطأ فلا ينبغى أن يتعمد مواقعة الخطأ فى القطع الثانى .

وإذا علمت اليد اليسرى بشلل أو كان خلق بغير يمنى فقد روى ابن وهب عن مالك ينقل القطع إلى رجله اليسرى وبه قال ابن القاسم ثم قال مالك : امحها . ثم قال : تقطع يده اليسرى وبه قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ .

وجه القول الأول أن هذا سرق ولا يمنى له فوجب أن تقطع رجله اليسرى كما لو قطعت يده اليمنى فى سرقة .

ووجه القول الثانى أن هذا قطع تعلق بالسارق أول مرة فوجب أن يتعلق بيده كما لو كانت له يمين[1] .

٤ ــ تأخير الحد لمصلحة راجحة ، إما من حاجة المسلمين للمطلوب حده أو من خوف ارتداده ولحوقه بالكفار .

قال علقمة : كنا فى جيش فى أرض الروم ، ومعنا حذيفة بن اليمان ، وعلينا الوليد بن عقبة ، فشرب الخمر ، فأردنا أن نحده ، فقال حذيفة : أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم ؟

وأتى سعد بن أبى وقاص بأبى محجن يوم القادسية وقد شرب الخمر ، فأمر به إلى القيد ، فلما التقى الناس قال أبو محجن :

كفى حزناً أن تطرد الخيل بالقنا وأترك مشدوداً علـى وثاقيـا

فقال لابنة حفصة امرأة سعد : اطلقينى ولك والله على إن سلمنى الله أن ارجع حتى أضع رجلى فى القيد ، فإن قتلت استرحتم منى ، قال : فحلته حتى التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ إلى الناس ، قال : وصعدوا به فوق العذيب ينظر إلى الناس ، واستعمل على الخيل خالد بن

---

(١) انظر ص ١٦٧ جزء ٧ الباجى .

عرفطة ، فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء ، ثم أخذ رمحاً ثم خرج فجعل لا يحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم ، وجعل الناس يقولون : هذا ملك لما يرونه يصنع ، وجعل سعد يقول : الصبر صبر البلقاء ، والظفر ظفر أبي محجن ، وأبو محجن في القيد ، فلما هزم العدو رجع أبو محجن حتى وضع رجليه في القيد ، فأخبرت ابنة حفصة سعداً بما كان من أمره ، فقال سعد : لا والله لا أضرب اليوم رجلا أبلى للمسلمين ما أبلاهم فخلى سبيله ، فقال أبو محجن : قد كنت أشربها إذ يقام على الحد وأطهر منها ، فأما إذ بهرجتني فوالله لا أشربها أبداً ؛ وقوله «إذ بهرجتني» أي أهدرتني باسقاط الحد عني[1].

الضرب في الحد والتعزير :

وأشد الضرب ضرب التعزير لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى إلى فوات المقصود وهو الانزجار ثم حد الزنا لأنه ثابت بالكتاب ، وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ثم القذف وأخر حد القذف لأن حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة فتخفيف الضرب لا يؤدى إلى فوات المقصود ولأن الشارب قلما يخلو من القذف فيكون جامعاً بين الجنايتين وإليه أشار على رضى الله عنه بقوله وإذا هذى افترى، فيغلظ عليه الحد[2].

وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير .

وقال مالك والليث الكل سواء لأن المقصود من الكل واحد وبه قال الشافعي[3] .

---

(١) انظر ص ١٨ جزء ٣ أعلام الموقعين .

(٢) انظر الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٢١٧ جزء ٤ فتح القدير ، وانظر ص ١٤٢ جزء ٧ المنتقى .

وقد اختلف الفقهاء فى المراد بالشدة .

قال بعضهم : أريد بالشدة من حيث الجمع وهى أن تجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا تفرق بخلاف الحدود .

وقال بعضهم : المراد منها الشدة فى نفس الضرب وهو الإيلام وكان كذلك لوجهين :

أحدهما : أنه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فإن معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام : « الحدود كفارات لأهلها » . فإذا تمحض التعزير للزجر فلا شك أن الأشد أزجر فكان فى تحصيل ما شرع له أبلغ .

والثانى : أنه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد فى الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر[1]. وهو رأى الحنفية .

وقد قال ابن حزم فى ذلك :

إن لضرب الحدود قدراً لا يتجاوزه وقدراً لا ينحط عنه بنص القرآن فطلبنا ذلك فوجدنا أدنى أقداره أن يؤلم فما نقص عن الألم فليس من أقداره وهذا ما لا خلاف فيه من أحد وكان أعلى أقداره نهاية الألم فى الزنا مع السلامة من كل ما ذكرنا ثم الحطيطة من الألم على حسب ما وصفنا فأما المنع من كل ما ذكرنا فلقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام ، فحرمت إسالة الدم نصاً إذ هرق الدم حرام إلا ما أباحه نص أو إجماع ولا نص ولا إجماع على إباحة إسالة الدم فى شىء من الحدود ، نعم ولا عن أحد من التابعين وأما تعفن اللحم فقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم البشرة فلا يحل منها إلا ما أحله نص أو إجماع وإنما صح النص والإجماع على إباحتها للألم فقط . وأما كسر العظام فلا يقول بإباحته فى ضرب الحدود أحد من الأمة بلا شك .

---

(١) انظر ص ٦٤ البدائع جزء ٧ .

وعند المالكية يجرد الرجل فى الحدود كلها ويترك على المرأة ما يسترها ولا يقيها الضرب .

وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجرد فى حد القذف .

وحجة المالكية قوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة » . وهذا يقتضى مباشرتهم بالضرب قاله القاضى أبو محمد ، ومن جهة المعنى أن حد القذف معتبر من الحدود فوجب إعراء الرجل فيه كحد الزنا .

والجلد إنما يكون فى الظهر خلافاً لأبى حنيفة والشافعى ففى قولهما يضرب سائر الاعضاء ويتقى الوجه والفرج . وزاد أبو حنيفة الرأس .

وحجة المالكية أن الغرض من الحد ليس إتلاف الأعضاء ومنها ما يخاف إفساده بالضرب فيه وأن الظهر هو محل الضرب[1].

وقد قال الجصاص فى ذلك :

« إنما قالوا إن التعزير أشد الضرب ، وأرادوا بذلك أنه جائز للإمام ان يزيد فى شدة الضرب للإيلام على جهة الزجر والردع إذ لا يمكنه فيه بلوغ الحد ولم يعنوا بذلك أنه لا محالة أشد الضرب لأنه موكول إلى رأى الإمام واجتهاده . ولو رأى أن يقتصر من الضرب فى التعزير على الحبس إذا كان ذا مروءة وكان ذلك الفعل منه زلة ، جاز له أن يتجافى عنه ولا يعزره ، فعلمت أن مرادهم بقولهم التعزير أشد الضرب إنما هو إذا رأى الإمام ذلك للزجر والردع فعل[2] » .

نستنبط من كلام الجصاص أن التعزير بالضرب كما يتفاوت فى مقداره بحسب ما يتراءى للإمام يتفاوت فى شدته بحسب ما يتراءى له أيضاً فهو بذلك عقوبة تتمثل فيها الفردية بأجلى معانيها .

---

(١) انظر ص ١٤٢ المنتقى الباجى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٢٠ جزء ٣ الجصاص .

الفصل الخامس

نظرية التقادم

فى الفقه الوضعى :

تنقضى الدعوى الجنائية بمضى المدة ويعللون ذلك بعدم توافر المصلحة فى العقاب بعد أن مضت مدة على ارتكاب الجريمة نسيت فيها كما أنه يصعب إثباتها أو يستحيل فى بعض الأحيان .

ويرى البعض أن هذه الاعتبارات نظرية وهذا مما حدا بالمشرع الإنجليزى إلى عدم الأخذ بنظرية التقادم .

وقد نصت المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية على سقوط الدعوى الجنائية فى مواد الجنايات بمضى عشر سنين من يوم وقوع الجريمة ، وفى مواد الجنح بمضى ثلاث سنين وفى مواد المخالفات بمضى سنة ما لم ينص على خلاف ذلك .

وكما تنقضى الدعوى الجنائية بمضى المدة تنقضى العقوبة أيضاً بمضى المدة إلا أن مدة السقوط فى الدعوى أقصر منها فى العقوبة وتعليل ذلك أن الحكم الصادر بالإدانة يترك لدى الجمهور أثراً يطول أمده . أما الجريمة فأسرع إلى النسيان .

وقد نصت المادة ٥٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية على :

تسقط العقوبة المحكوم بها فى جناية بمضى عشرين سنة ميلادية إلا عقوبة الإعدام فإنها تسقط بمضى ثلاثين سنة .

---

(١) انظر ص ٩١ شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور محمود محمود مصطفى .

وتسقط العقوبة المحكوم بها فى جنحة بمضى خمس سنين .
وتسقط العقوبة المحكوم بها فى مخالفة بمضى سنتين .

فى الفقه الإسلامى :

تتقادم أيضاً الجريمة فى الشريعة الإسلامية كما تتقادم العقوبة عليها ونتكلم عن تقادم الجريمة ثم عن تقادم العقوبة .

تقادم الجريمة

اختلف الفقهاء فى تقادم الجريمة وفرقوا فيه بين الشهادة على الجريمة أو الإقرار بها إلى أربعة مذاهب :

١ ــ مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رد الشهادة بالجريمة القديمة وقبول الإقرار بها فيما سوى جريمة شرب الخمر .

وحجة أبى حنيفة أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم ، وشهادة المتهم مردودة للأسباب الآتية :

(أ) لقوله صلى الله عليه وسلم : لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أى متهم وذكر محمد عن عمر رضى الله عنه أنه قال : أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم[1].

(ب) ولأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين :

بالستر احتساباً لقوله عليه الصلاة والسلام : من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة .

---

(١) قال الحسن فى حديثه : ولا شهادة لهم المراد الحدود التى هى محض حق الله تعالى والشهادة عليها بطريق الحسبة من غير أن ينبنى على خصومة فى الحد كالزنا والسرقة وشرب الخمر وأما حد القذف فالشهادة عليه تنبنى على الدعوى والخصومة فى الحد فلا يمتنع قبولها بتقادم العهد : انظر ص ١٣٩ جزء ٩ المبسوط .

والثانى : الشهادة به احتساباً لقصد إخلاء العالم من الفساد للانزجار بالحد .

فأحد الأمرين واجب مخير على الفور لأن كلا من الستر وإخلاء العالم من الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخى . فإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين ، إما الفسق وإما تهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعلم الستر ثم أخره لزم الأول . أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثانى . وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما . فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركة حدوث عداوة .

بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة ، وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفى القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل : لو كان اشتراط الدعوى مانعاً من الرد بالتقادم لزم فى السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنه يجاب :

١ ـ بأن السرقة فيها الأمران الحد والمال أى العقوبة والضمان فما يرجع إلى الحد لا تشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لأحدهما بل لا تنفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لأنه لا يبطل به ولا نقطعه . لأن الحد يبطل به ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لما فيه من حق الله وفى القذف لا يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى كما فى حقوق العباد الخالصة .

٢ ـ إن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة فى حقوق الله سبحانه

أقيم التقادم فى حقوق الله مقامها . فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها . كالرخصة لما كانت للمشقة وهى غير منضبطة أدير الفطر على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجود المشقة ولا عدمها فترد الشهادة بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس إلا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل واحد فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقاً لله تعالى . ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لأن المشقة أمر خفى غير منضبط فلا تمكن الإناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه . فإن قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة فى حق الحد فيما لو علم المدعى بالسرقة فلم يدع إلا بعد حين فشهدوا فإنه لا تهمة بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيـــه تهمة فالمرد يضاف إليها . وما لم يكن فإلى المدعى على ما قال قاضيخان . إنما لا تقبل فى السرقة بعد التقادم لا لتهمة فى الشهود لأن الدعوى شرط القبول بل لخلل فى الدعوى فإن صاحب المال كان مخيراً فى الابتداء فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق فى دعوى السرقة والحد بل بقى له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع (١).

ولذلك يسأل الإمام الشهود عن زمان السرقة لاحتمال التقادم وعند التقادم إذا شهدوا بالسرقة يضمن المال ولا يقطع كما سبق القول (٢).

٢ ـ قول لمحمد بن الحسن برد الشهادة فى الجريمة القديمة وقبول الإقرار بها حتى بالشرب القديم .

ورد فى كتاب الجامع الصغير :

قال أبو حنيفة : رجل شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أوزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة وإن أقر بذلك أخذ به إلا فى شرب

---

(١) انظر ص ١٦٢ جزء ٤ فتح القدير .

(٢) انظر ص ٢٢٥ جزء ٤ فتح القدير .

الخمر فإنه لا يؤخذ به إلا أن يقر وريحها يوجد منه أو جاءوا به سكران وهو قول أبي يوسف . وقال محمد . يؤخذ بإقراره فى الخمر أيضاً[1].

٣ ــ يرى مالك وأحمد والشافعى : قبول الشهادة والإقرار فى الجريمة القديمة وذلك لأن الشهادة والإقرار حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم لا تبطل الشهادة به .

ونقل ابن حزم :

عن ابن وهب قال : بلغنى عن ربيعة أنه قال فى رجل زنى فى صباه وأطلع على ذلك رهط عدول فلم يرفعوا أمره ولبث بذلك سنين وحسنت حالته ثم نازع رجلا فرماه بذلك وأتى على ذلك بالبينة واعترف فإنه يرجم ، لا يضع الحد عن أهله طول زمان[2].

٤ ــ قول ابن أبى ليلى : رد الشهادة والإقرار فى الجريمة القديمة بمضى المدة . وهو قول زفر .

ورد فى المبسوط :

وإذا شهد الشهود على زنا قديم لم أحد بشهادتهم المشهود عليه ولم أحدهم أيضاً لأن عددهم متكامل والأهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفاً .

وإن أقر بزنا قديم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا . وقال زفر رحمه الله تعالى : لا يقام اعتباراً لحجة الإقرار بحجة البينة فإن الشهود كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضاً مندوب إلى الستر على نفسه . قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله . ولكنا نستدل

---

(١) انظر ص ٦٥ وهو منشور على هامش كتاب الخراج الطبعة الأميرية سنة ١٣٠٢ هـ .
(٢) انظر ص ١٤٤ جزء ١١ المحلى .

بآخر الحديث حيث قال : ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله . وهذا قد أبدى صفحته بإقراره وإن كان تقادم العهد والمعنى فيه أن التهمة تنتفى عن إقراره حينئذ فإن الإنسان لا يعادى نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره بل إنما يحمله على ذلك الندم وإيثار عقوبة الدنيا على الآخرة بخلاف الشهادة . فبتقادم العهد هناك تتمكن التهمة من حيث أن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعد ما اختاروا الستر عليه وهنا كان إصراره يمنعه عن الإقرار ثم الندم والتوبة حملاه على الإقرار بعد تقادم العهد[1].

تقادم العقوبة

١ ــ يرى جمهور الفقهاء مالك وأحمد والشافعى أن العقوبة لا تسقط بالتقادم وهو رأى زفر .

٢ ــ ويرى الحنفية أن التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء ، حتى لو هرب المحكوم عليه بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام باقى الحد عليه .

وذلك أن استيفاء الحد من القضاء فى حقوق الله بخلاف حقوق العبد وهذا لأن الثابت أنه فى حقوق الله يقوم الحاكم بحقه تعالى بالاستيفاء إذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء .

وإذا كان الأمر كذلك كان قيام الشهادة شرطاً حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره إجماعاً وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء .

وقد ورد فى المبسوط :

إذا ثبت حد الزنا على الرجل بشهادة الشهود وهو محصن أو غير محصن

---

(١) انظر ص ٩٧ جزء ٩ المبسوط .

فلما أقيم عليه بعضه هرب فطلبته الشرطة فأخذوه فى فوره أقيم عليه بقية الحد لأن الهروب غير مسقط عنه ما لزمه من الحد .

ولما كان التقادم إذا كان لعذر ظاهر لا يكون قدحاً بالشهادة فإذا هرب فوجد بعد أيام فى القياس أنه لا يمتنع إقامة بقية الحد عليه لأنه إنما تأخر لعذر وهو هربه فلا يكون ذلك قدحاً فى الشهادة ولكنه استحسن فقال : العارض فى هذه الحدود بعد الشهادة قبل الإتمام كالمعترف بالشهادة بدليل عمى الشهود وردتهم وهذا لأن التفريط هنا كان من أعوان الإمام حتى تمكن من الهرب منهم ، فالظاهر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ثم حملتهم العداوة على الجد فى طلبه فكان هذا والضغينة فى الشهود سواء[1].

كما ورد أيضاً فى المبسوط :

وإذا حكم عليه بالقطع بشهود فى السرقة ثم انفلت ولم يكن حكم عليه حتى انفلت فأخذ بعد زمان لم يقطع لما بينا أن حد السرقة لا يقام بحجة البينة بعد تقادم العهد . والعارض فى الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء وان اتبعه الشرطة وأخذوه من ساعته قطعت يده لأن مجرد الهرب ليس بمسقط للحد عنه ولأنه لم تتمكن ههنا تهمة التهاون والتقصير فى الطلب من أحد[2].

مدة التقادم :

١ ـ قال محمد فى الجامع الصغير أنه مقدر بستة أشهر .

٢ ـ أما أبو حنيفة فلم يقدره ، قال أبو يوسف : جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأى القاضى فى كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطاً تقادم ، وما لا يعد تفريطاً غير متقادم وأحوال الشهود والناس

---

(١) انظر ص ٧٠ جزء ٩ .

(٢) انظر ص ١٧٦ جزء ٩ .

والعرف تختلف فى ذلك فإنما ينظر فى كل واقعة فيها تأخير إذ أن نصب المقادير بالرأى متعذر. قال محمد . إن أبا حنيفة قدره بشهر لأن ما دونه عاجل ومأخذ هذه الرواية مما فى المجرد . قال أبو حنيفة : لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا : منذ أقل من شهر أقيم الحد وإن قالوا شهر أو أكثر درىء عنه الحد . قال أبو العباس الناطفى : فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول لأبى يوسف ومحمد .

وكل ذلك إذا لم يكن بين القاضى وبينهم مسيرة شهر أما إذا كانت بينهم وبينه مسيرة شهر أو أكثر تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة .

فالتقادم إذا كان لعذر ظاهر لا يكون قدحاً بالشهادة(1) .

كل ذلك فى التقادم فى الجرائم فى غير شرب الخمر .

تقادم جريمة شرب الخمر :

١ – عند أبى حنيفة وأبى يوسف تتقادم جريمة شرب الخمر بزوال الرائحة فالشهادة مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وأن يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط . فأمر القاضى باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بأن ريحها موجودة(2).

وأما إذا جاءوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب

---

(١) انظر ص ٧٠ جزء ٩ المبسوط .

(٢) أما صفة الشهود فقد قال القاضى أبو الحسن فى كتابه أن صفة الشاهدين على الرائحة أن يكونا ممن خبر شربها فى وقت ، إما فى حال كفرهما أو شرباها فى إسلامهما فجلدا ثم تابا حتى يكونا من يعرف الخمر بريحها . قال القاضى أبو الوليد : وهذا عندى فيه نظر لأن من هذه صفته معدوم أو قليل ولو لم تثبت الرائحة إلا بشهادة من هذه صفته لبطلت الشهادة فيها فى الأغلب ووجه ثان وهو أنه قد يكون ممن لم يشرب قط ولكن يعرف رائحتها معرفة صحيحة . انظر ص ١٤٢ جزء ٣ الباجى .

ويقولا أخذناه وريحها موجودة لأن مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه فى حال قيام الرائحة فيحتاجون إلى ذكر ذلك للحاكم خصوصاً بعد احتمال كونه سكران من غير الخمر فإن ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لأن الحد لا يجب عند أبى حنيفة وأبى يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد بالثانى أن يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر .

وكذلك عليه الحد إذا أقر وريحها موجودة لأن جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والإقرار ولم يتقادم العهد(١).

واشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق : حدثنا سفيان الثورى عن يحي بن عبدالله قال : جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبدالله بن مسعود فقال عبدالله : ترتروه ومزمزوه واستنكهوه . ففعلوا فرفعه إلى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صار درة ثم قال للجلاد : اجلد وأرجع يدك وأعط كل عضو حقه .

وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يقام الحد على المقرر بالشرب إلا إذا أقر عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة لوجوب الحد(٢).

كل ذلك إذا لم يكن بين المتهم والإمام مسافة . فإن ذهبوا به إلى الإمام فى بلد بعيد فإن اختفت منه رائحة الخمر يحد على جميع الأقوال لأن التأخير لعذر يرجع إلى بعد المسافة فلا يتهم الشاهد فى هذا التأخير

والأصل فيه أن قوماً شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد .

---

(١) انظر ص ١٧٩ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ فتح القدير جزء ٤ وترتروه ومزمزوه أى حركوه بعنف .

٢ ــ عند محمد تتقادم جريمة شرب الخمر كما تتقادم غيرها من الجرائم غير أن هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتباراً بحد الزنا أى أنه ستة أشهر أو مفوض إلى رأى القاضى أو بشهر وهو المختار . وهذا لأن التأخير يتحقق بمضى الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لأنها قد تكون من غير الخمر .

وذلك لأن رائحة الخمر تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الأحكام بوجودها ولا بذهابها . ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لأن المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة ، والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيراً يعد تفريطاً . وذلك منتف فى تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحـــة .

والحديث المروى عن عبدالله بن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا الإقرار إنما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة .

وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الأصل فى الحدود أنه إذا جاء صاحبها مقراً أن يرد أو يدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده ؟ فإن صح ، فتأويله أنه كان رجلا مولعاً بالشراب مدمناً إياه فاستجاز ذلك فيه .

والإقرار فى هذه الجريمة لا يبطله التقادم عند محمد كما فى حد الزنا وذلك لأن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه(١).

تقادم جريمة قطع الطريق :

فى الفقه الحنفى رأيان فى هذا الأمر قال البعض أنه إذا قطع الطريق

---

(١) انظر المبسوط جزء ٩ ص ١٧٢ .

وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام فى أهله زماناً لم يقم الإمام عليه الحد لمضى المدة وهذا ما يقضى به الاستحسان لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل أن يقدر عليه أما القياس فيقضى بأن يقام عليه الحد لأن الحد لزمه بارتكاب سببه .

وسند الرأى الأول الذى يقضى به الاستحسان ما روى أن الحارث ابن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب . فكتب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى عامله بالبصرة ، إن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق وقد ترك وتحول عنه فلا تعرض له إلا بخير .

تقادم جريمة القذف :

يغلب فى جريمة القذف حق العبد ولهذا تعتبر خصومته وطلبه فلا يقبل فى هذه الجريمة من المتهم أن يرجع عن إقراره بارتكابه لها .

كذلك يقام الحد بحجة البينة بعد تقادم العهد لعدم تمكن الشهود من أداء الشهادة قبل طلب المدعى فلا يصيرون متهمين بالضغينة(١) أما فى الحدود التى هى محض حق الله تعالى كما فى الزنا فلا يقام الحد بحجة البينة بعد تقادم العهد(٢).

---

(١) انظر ص ١١٠ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٦٩ المبسوط جزء ٩ .

خاتمة

رأينا فى هذا البحث أن الخلاف بين الفقهاء قديم منشوءه الخلاف فى فهمهم للنصوص واستنباط الأحكام منها متأثرين فى ذلك بعوامل مختلفة أحاطت بهم حاولت جهد المستطاع أن ألم بها .

ونحن فى هذا العصر إذا أخذنا برأى أى فقيه من فقهاء المذاهب يناسب العصر الذى نعيش فيه كان هذا الرأى — ما دام يدور فى فلك الكتاب والسنة — شرعياً يجوز العمل به وكما قال ابن تيمية بحق :

« إن علماء المسلمين هم خيارهم فإنهم خلفاء الرسول فى أمته والمحيون لما مات من سنته بهم قام الكتاب وبه قاموا وبهم نطق الكتاب وبه نطقوا وليعلم أنه ليس أحد من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولا عاماً يتعمد مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شىء من سنته دقيق ولا جليل فإنهم متفقون اتفاقاً يقينياً على وجوب اتباع الرسول وعلى أن كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن إذا وجد لواحد منهم قول قد جاء حديث صحيح بخلافه فلا بد له من عذر فى تركه »[1].

كما رأينا أن النظريات المستحدثة فى فقه القانون الجنائى الحديث إنما هى أصيلة فى الفقه الجنائى الإسلامى وإن تغيرت أسماؤها ومسمياتها فى الفقه الحديث .

فنظرية الشروع بمذهبيها المادى والشخصى تلمسناها فى الفقه الإسلامى .

ورأينا كيف أفاض الفقهاء فى الكلام عن التوبة إفاضة كبيرة .

---

(١) انظر مقدمة كتاب ابن تيمية « رفع الملام عن الأئمة الأعلام » .

إن التوبة بأركانها فيها إصلاح حال النــاس وعود بهم الى حظيرة الأخلاق وكف لهم عن ارتكاب الجرائم بل إن المشرع الأعظم قد أعطى لتوبة قاطع الطريق قبل القدرة عليه أكبر الأثر فى رفع الحد عنه وهو المبدأ الذى يستهدى به الآن المشرع الوضعى فى رفع العقــاب عن طائفة من المخطئين إن هم اعترفوا بالجريمة أو أبلغوا السلطات عنها[1].

وفى الاشتراك رأينا أيضاً هذا النقاش الواسع والجدل العميق بين الفقهاء المسلمين عن حكم الشركاء ، وإن اختلفت التفاصيل فى هذا الأمر فالأصول العامة قد لا تخرج عما يذكره اليوم الفقهاء المحدثون ، إلا أننا رأينا أنه لا يجوز أن يعاقب الشريك بنفس عقوبة الفاعل الأصلى لأنه من غير المتصور أن يكون هناك اشتراك فى الحدود فإذا لم يمكننا التفريق بين الفاعل الأصلى والشريك توقع عقوبة تعزيرية لا عقوبة الحد جرياً على القاعدة الشرعية أن الحدود تدرأ بالشبهات . وفى تعدد الجرائم وتعدد العقوبات رأينا تلك الإفاضة بين الفقهاء المسلمين التى تتمشى مع حكمة العقاب فى الشريعة وهى الزجر ورعاية مصلحة المجتمع مهما تعددت الجريمة الواحدة قبل العقوبة على أى منها فالعقوبة تتداخل لأن المقصود هو الزجر ويحصل بحد واحد .

كذلك المجرم العائد لم يفلت من تشديد العقوبة عليــه نظير تعوده ارتكاب الجريمة . ورأينا أن التشديد قد يصل الى القتل فى غير حد .

كما رأينا أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة فى الأخذ بفكرة فردية العقوبة سواء فى الحدود أو القصاص وأن نظرية فردية العقاب ما هى إلا نسخة من نظرية التعزير .

---

(١) مثل هذا الاعفــاء فى الاتفاقات الجنائية م ٤٨ ع وحالة الراشى والوسيط الذى يخبر السلطات بالجريمة أو يعترف بها فى جرائم الرشوة م ١٠٧ ع مكرر وحالة مرتكبى جرائم تزييف وتزوير العملة م ٢٠٥ ع ومرتكبى جرائم تقليد أختام ودمغات وعلامات الحكومة م ٢١٠ ع والإعفاء المقرر فى جرائم البغاة المنصوص عليه فى المادة ١٠١ ع . والإعفاء المقرر بالمادة ٤٨ من القرار بقانون ١٨٢ / ١٩٦٠ بشأن المخدرات .

وفى التقادم فرق بعض علماء الشريعة أيضاً بين تقادم الجريمة وبين تقادم العقوبة .

* * *

وقد وصلنا من كل ذلك إلى أن هذه الشريعة الكاملة الشاملة شريعة كفيلة بأن تصلح بما ورد فيها من أحكام ؛ المعوج من أمورنا فى هذه الدنيا التى نعيش فيها الآن وهى كفيلة — لو طبقت — أن تجعل موجة الإجرام التى نوغل فيها الآن تنحسر فيحل الأمن والطمأنينة .

وقد قال لى قائل عندما قرأ مقدمة هذا الكتاب : أو ترى أنه ستحين ساعة التقنين الجنائى الإسلامى ! ! وإنى أطمئنه وأبشره بأن ساعة التقنين الجنائى الإسلامى آتية لا ريب فيها .

« هو الذى ارسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله » .

« والحمد لله اولا وآخراً »

أهم مراجع الكتاب

أولا ـــ العلوم الإسلامية

١ – أحكام القرآن : للشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ رواية البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبعة سنة ١٣٧١ هـ .

٢ – أحكام القرآن : للجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ طبعة سنة ١٣٤٧ هـ .

٣ – أحكام القرآن : لابن العربى المتوفى سنة ٥٤٣ هـ طبعة سنة ١٣٣١ هـ .

٤ – أحكام القرآن : للقرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ الطبعة الثانية .

٥ – رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة : لأبى عبدالله محمد بن عبدالرحمن الدمشقى العثمانى الشافعى من علماء القرن الثامن الهجرى .

٦ – الانصاف فى التنبيه على الأسباب التى أوجبت الاختلاف بين المسلمين فى آرائهم : لأبى محمد عبدالله البطليوسى المتوفى سنة ٥٢١ هـ طبعة سنة ١٣١٩ هـ .

٧ – الانصاف فى بيان سبب الاختلاف : لشاه ولى الله الدهلوى المتوفى سنة ١١٨٠ هـ طبعة سنة ١٣٢٧ هـ .

٨ – رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية : رسالة بدار الكتب المصرية تحت رقم ب ٢١٥٩٨

٩ – اختلاف الفقهاء : لابن جرير الطبرى المتوفى سنة ٣١٠ هـ طبعة سنة ١٩٠٢ م .

١٠ – الميزان : للشعرانى من علماء القرن العاشر الهجرى .

١١ – الأشباه والنظائر : للسيوطى المتوفى سنة ٩١١ هـ .

١٢ – الرد على سير الأوزاعى : للإمام أبى يوسف .

١٣ – جامع الأصول : لابن الأثير الجزرى وملخصه تيسير الوصول .

١٤ – التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول : للشيخ منصور على ناصف الطبعة الثانية .

١٥ – زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم .

ثانياً ـــ كتب الفقه الإسلامى

الفقه الحنفى :

١ – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى المتوفى عام ٥٨٧ هـ .

٢ – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى المتوفى عام ٧٤٣ هـ وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى .
٣ – رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : وهو المعروف بحاشية ابن عابدين .
٤ – شرح فتح القدير : لكمال الدين بن الهمام المتوفى سنة ٦٨١ هـ مع تكملته نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ على الهداية شرح بداية المبتدى تأليف المرغنانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ وحاشية سعدى جلبى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .
٥ – المبسوط : لشمس الدين السرخسى ويحتوى على كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيبانى عن الإمام الأعظم أبى حنيفة طبعة سنة ١٣٢٤ هـ .
٦ – الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام : لمحمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥ هـ وبهامشه حاشية العلامة أبى الخلاص حسن بن عمار بن على الوفائى الشرنبلالى المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .
٧ – الخراج للإمام أبى يوسف وبهامشه الكتاب المسمى بالجامع الصغير فى الفقه للإمام محمد ابن الحسن الشيبانى طبعة سنة ١٣٠٢ هـ .

الفقه المالكى :

١ – بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لأبى الوليد أحمد بن محمد بن رشد المشهور بالحفيد وبفيلسوف قرطبة بالأندلس المتوفى عام ٥٩٥ هـ .
٣ – مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : للحطاب وبهامشه التاج والأكليل لمختصر خليل للمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ .
٤ – المدونة الكبرى : للإمام مالك رواية سحنون .
٥ – الذخيرة : العلامة الإمام شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن بن عبدالله البهنسى المصرى المعروف بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ مخطوط بدار الكتب .
٦ – شرح الزرقانى : على مختصر خليل وبهامشه حاشية البنانى .
٧ – تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام : لابن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩ هـ طبعة سنة ١٣٠١ بالمطبعة الشرقية .
٨ – الخرشى : على مختصر خليل .
٩ – الفروق : للقرافى وعليه حاشية ادرار الشروق على أنوار الفروق لابن الشاط وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية طبعة سنة ١٣٤٤ هـ .
١٠ – المنتقى شرح الموطأ لأبى الوليد الباجى المتوفى سنة ٤٩ هـ طبعة سنة ١٣٣٢ هـ .

الفقه الحنبلي :

١ – فتاوى ابن تيمية وما ألحق بها من إقامة الدليل على أبطال التحليل والاختيارات العلمية : لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ .

٢ – أعلام الموقعين عن رب العالمين : لابن قيم الجوزية المتوفى عام ٧٥١ هـ .

٣ – المغنى : لأبي عبدالله بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ .

٤ – السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية : لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ .

٥ – الأحكام السلطانية : للقاضى أبي يعلى محمد بن حسين الفراء المتوفى سنة ٤٥٨ هـ .

٦ – الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن قيم الجوزية طبعة الآداب سنة ١٣١٨ هـ .

٧ – كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال : للمتقى الهندى منشور على مسند الإمام أحمد ابن حنبل .

الفقه الشافعي :

١ – الأم : للشافعى وبهامشه كتاب اختلاف الحديث برواية الربيع .

٢ – المهذب : لأبي اسحق إبراهيم الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ هـ .

٣ – الأحكام السلطانية : للماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ .

٤ – حاشية البيجورى : على شرح ابن قاسم الغزى طبعة سنة ١٣٠٣ هـ بالمطبعة الشرقية .

٥ – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لشمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملى المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ وبهامشه حاشية أبي الضياء الشيخ على الشبراملسى وحاشية الرشيدى .

٦ – مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الشربينى المتوفى سنة ٩٧٧ هـ وهو شرح على متن المنهاج للنووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

الفقه الشيعي :

١ – البحر الزخار : للإمام أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .

٢ – المختصر النافع : فى فقه الإمامية للحلى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ طبعة وزارة الأوقاف .

الفقه الظاهري :

١ – المحلى : لأبي محمد على بن حزم المتوفى عام ٤٥٦ هـ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ .

ثالثاً — مراجع أخرى

١ — الموسوعة الجنائية : للأستاذ جندى عبد الملك .

٢ — شرح قانون العقوبات المصرى الجديد : الدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى طبعة سنة ١٩٤٦ .

٣ — القانون الجنائى : للأستاذ المرحوم على بدوى .

٤ — موجز فى العقاب : الدكتور على أحمد راشد .

فهرس

صفحة

اختلاف الفقهاء وأسبابه

الفصل الأول
نظرية الشروع

صفحة

أولا : عقوبة الشروع

ثانياً : العدول

الفصل الثانى

نظرية الاشتراك

صفحة

الفصل الثالث

نظرية تعدد الجرائم والعقوبات

صفحة

المبحث الأول

المبحث الثانى

العود

صفحة

الفصل الرابع
نظرية فردية العقاب

الفصل الخامس
نظرية التقادم

رقم الأيداع ٥٣٧٣ / ١٩٨٨
الترقيم الدولى ٢ - ٢٥٧ - ١٤٨ - ٩٧٧

مطابع الشروق
القاهرة : ١٦ شارع جواد حسنى هاتف ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣١٨١٤ برقيا : شروق تلكس : 93091 SHROK UN
بيروت : ص.ب : ٨٠٦٤ هاتف ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - ٨١٧٧٦٥ برقيا : داشروق تلكس : SHOROK 20175 LE